

مشروعات تقنين أحكام العشرية الإسلامية

(أولا) تشكيل لجان خاصة

للنظر في أعمال لجان تقنين الشريعة الإسلامية

وأحاطته كذلك - في بياني إليه في ١٢ من أغسطس سنة ١٩٨١ عن نشاط المجلس خلال دور الانعقاد العادى السابق بمناسبة فض هذا الدور أيضا - بما انتهت إليه تلك اللجان في إنجاز مهمتها .

وإذ لم يتسن حتى الآن عرض المشروعات التي أكتملت صياغتها على المجلس ، فإنني أقترح على حضراتكم الموافقة على إعادة تشكيل اللجنة الخاصة على أن تعاونها سبع لجان فرعية ، وتتولى اللجنة الخاصة وضع خطة العمل ومتابعة أعمال اللجان الفرعية والتنسيق بين مآثرها من أعمال ، وتتولى كل لجنة من اللجان الفرعية دراسة أحد المشروعات التي أنجزتها اللجنة الفنية السابقة وهي :

١ - لجنة التقاضى .

٢ - لجنة القوانين الاجتماعية .

٣ - لجنة المعاملات المالية والاقتصادية .

٤ - لجنة المعاملات المدنية .

٥ - لجنة العقوبات .

٦ - لجنة التجارة العامة .

٧ - لجنة التجارة البحرية .

وللجنة الخاصة وغيرها من اللجان الفرعية الاستعانة بمن ترى الاستعانة به من الخبراء والمتخصصين في الشريعة الإسلامية والقانون .

ومعنى ذلك أن هناك مشروعات تمت صياغتها بعد استطلاع رأى كل الجهات المسئولة المختصة ، ولما كان الأمر يقتضى تشكيل لجان خاصة طبقا للدستور واللائحة لعرض الموضوع على المجلس في صيغته النهائية ، فإنني أقترح على حضراتكم - لهذا الأسلوب حتى يتسنى لنا النظر ذلك في الاجتماع المقبل إن شاء الله .

فهل توافقون حضراتكم على مبدأ تشكيل هذه اللجان ؟

(موافقة) .

رئيس المجلس :

يسمى أن أعرض على المجلس مآثر إنجازها في موضوع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الذي طال انتظار الشعب له .

كان المجلس - إعمالا لحكم المادة الثانية من الدستور - قد وافق بمرسته المقودة في ١٧ من ديسمبر سنة ١٩٧٨ ، على تشكيل لجنة خاصة لدراسة الاقتراحات الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتقنينها ، وقد رخص للجنة في أن تستهدى بكل الدراسات والتقنيات والقوانين الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، سواء في مصر أو في الخارج ، كما رخص المجلس لها في الاستعانة بمن تراه من الخبراء والمتخصصين في الشريعة الإسلامية وفي القانون .

واتمنا إلى هذا القرار ، ضم إلى اللجنة الخاصة بعض أساتذة الشريعة الإسلامية والقانون وبعض رجال القضاء ، وعملت اللجنة أول اجتماع لها في ٢٠ من ديسمبر سنة ١٩٧٨ برئاسة . وقد بدأت اللجنة - تيسيرا للعمل ورغبة في الإسراع وإنجاز مهمتها - بتشكيل سبع لجان فرعية ، هي لجان : التقاضى ، والقوانين الاجتماعية ، والمعاملات المالية والاقتصادية ، والقانون المدنى ، والعقوبات ، والتجارة ، والتجارة البحرية .

وقد أنجزت هذه اللجان معظم أعمالها وعرضتها على اللجنة الخاصة التي رأت أن تستأنس برأى الأزهر الشريف والجامعات والجهات القضائية ، فبعت إليها بهذه الأعمال لإبداء الرأى في شأنها .

وقد روجعت بعض المشروعات المقترحة في ضوء ما انتهى إليه من رأى أو اقتراح من تلك الجهات واكتملت صياغتها النهائية .

كما أحاطت المجلس علما في ١٢ من يولية سنة ١٩٨٠ ، في بياني إليه عن نشاطه خلال دور الانعقاد العادى الاول بمناسبة فض هذا الدور ، بما انتهت إليه لجان تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وما أنجزت من عمل .

وفي ٢٩ من أبريل سنة ١٩٨١ أحيط المجلس علما بذلك وأقر تشكيل اللجنة الخاصة ، ولجانها الفرعية بعد أن أحيط علما بكل ما أنجزته هذه اللجنة ولجانها الفرعية .

٢ - لجنة القوانين الجنائية :

الأستاذ حافظ بدوي رئيسا

- « كمال خير الله »
 « وديع داود فريد »
 أعضاء { « حسين المهدي »
 « طارق عبد الحميد الجندى »
 « حازم أبو ستيت »
 « محمد عبد الغفار السوداني »
 « محمد عبد الحميد المراكبي »

٣ - لجنة المعاملات الدينية :

الدكتور جمال العطيفي رئيسا

- « الأستاذ عبد الباري سليمان »
 « صلاح الطاروطي »
 « جورج روفائيل رزق »

- أعضاء { « عبد الرحيم عبد الرحمن حمادي »
 « علي علي الرق »
 « محي الدين عبد الغفار محرم »
 « عويس عبد الحفيظ عليوة »
 « الأستاذة سناء الحاج أدهم محمد عليوة »

٤ - لجنة التجارة البحرية :

الأستاذ أحمد علي موسى رئيسا

- « حنا ناروز »
 « مصطفى غباشي »
 أعضاء { « عبد الغفار أبو طالب »
 « حسن أبو هيف »
 « عبد السميع عبد السلام مبروك »

٥ - لجنة القانون التجاري :

دكتور محمد كامل ليلة رئيسا

- « الأستاذ حسين وشاحي »
 « أحمد أبو زيد الوكيل »
 أعضاء { « سعد أحمد بهنساوي قناوي »
 « عدلي عبد الشهيد »
 « عرفات محمد محمود شلباية »

٦ - لجنة القوانين الاجتماعية :

الدكتور محمد علي محبوب رئيسا

- « الأستاذ محمود علي أبو زيد »
 « الأستاذة فايدة كامل »
 « الأستاذ أحمد محمد أبو زيد »
 « محمود نافع »
 أعضاء { « محمود أحمد سلام أبو عقيل »
 « إسماعيل أبو المجد رضوان »
 « أبو المكارم عبد العزيز عبد الرحيم »
 « نشأت كامل برسوم »
 « محمود الفران »

٧ - لجنة القوانين المالية والاقتصادية :

الدكتور طلبة عويضة رئيسا

- « الأستاذ حسن وزيرى السيد »
 « مصطفى محمد سليمان »
 « أسطفان باسيلي »
 أعضاء { « محمد عامر جاب الله »
 « شاكر السعيد قزامل »
 « محمود محمد عبد الرحمن ديور »
 « الشيخ صلاح أبو لاسماعيل »

وهذه اللجان وظيفتها النظر في المشروعات التي أنجزت وإعداد تقرير عنها بصلاحياتها أو بتعديدها حسبما ترى اللجنة الخاصة لكي يعرض على المجلس تمهيدا لإحالتها إلى لجنة الشؤون الدستورية والقشرية لمناقشتها واستطلاع الرأي فيها تمهيدا لعرضها على المجلس
 فهل توافقون حضراتكم على هذا التشكيل ؟
 (موافقة)

(ثانيا) بيان السيد الدكتور رئيس مجلس الشعب

عن مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية

رئيس المجلس :

الإخوة والأخوات أعضاء المجلس :

يسعدني اليوم ونحن نختتم هذه الدورة من أدار انعقاد المجلس الموقر ، أن يكون حسن الختام بفضل الله وتوفيقه عملا خلافا وهو إنجاز عمل تاريخي ضخم — الا للتعديل الدستوري للسادة الثانية من الدستور — التي تقضى بأن تكون مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع .

واقعة وافقة تضراتكم بجلسة ٢٠ يونية ١٩٨٠ على تشكيل اللجنة الخاصة واللجان الرعية التي ستولى تقديم مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية التي تم إنجازها ولعل حضراتكم تذكرون ما عرضته على المجلس من المراحل المختلفة التي مر بها هذا العمل الجليل منذ اتخذ المجلس في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٧٨ قراره بالبدء في تقنين الشريعة ، ولست بحاجة إلى الحديث عن الجهود أو الصعوبات التي اكتنفت إعداد هذه التشريعات فحسبنا اليوم أن الأمل والرجاء قد تحولوا إلى عمل جليل بناء .

إنه وإن كان الزملاء رؤساء اللجان الفرعية ، سيقدمون لحضراتكم بياناً عن كل من هذه المشروعات إلا أنه يجدر بي ، أن أشير بادئ ذي بدء إلى أن وضع الشريعة الإسلامية موضع التطبيق والنزول على أحكامها هو عودة بالشعب المصري ، بل بالأمة العربية والإسلامية كلها إلى ذاتها العربية الإسلامية بعد اغتراب عشتاه في ظل القوانين الأجنبية أكثر من قرن من الزمان . إنه لإنهاء للتناقض بين القيم الأخلاقية — نبت هذه الأرض الطيبة — والسياس الحضارية الذي يربط شعبنا بين القوانين الوضعية كما يتضح من النظرة الدينية والأخلاقية في شأن بعض الأعمال كالزنا وشرب الخمر ، والربا ، وبين النظرة إليها وفقا للقوانين الوضعية القائمة في هذا الخصوص ، وما يترتب على ذلك من تمزق نفسي ، بل إحباط ، للتناقض بين ما يؤمن به الإنسان المصري والقوانين التي تحكمه .

ويجدر بي في هذا المقام وقبل أن أعرض للسبب الرئيسية والملاحم الأساسية لهذه التشريعات ، أن أحمل أمامكم ، أن هذا العمل الذي أنجزناه إعمالا للسادة الثانية من الدستور ، قدر روعي في إعدادة وسيراعي في تطبيقه أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية على السواء ، بمعنى أننا نعلم أن الإسلام يكفل حرية العقيدة لغير المسلمين من أهل

الكتاب إعمالا لمبدأ "لا إكراه في الدين" ، كما يكفل المساواة بين المسلمين وغير المسلمين في الحقوق والواجبات إعمالا لمبدأ "لهم ما لنا وعليهم ما علينا" ويجدر بنا هنا أن نؤكد أن الدستور المصري قد أفرد العديد من المواد لتلبي هذه المبادئ ، من ذلك المادة ٤٠ من الدستور التي نصت على أن :

"المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تميز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " .

كما نصت المادة ٤٦ على أن :

"تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية "

وهذان النصان الدستوريان قاطعان وحاسمان في تقرير المبادئ الإسلامية "لا إكراه في الدين" "ولأهل الكتاب مالا للمسلمين ولهم ما عليهم" .

وفضلا عما سبق ، فمن المسلمات أنه يتعين تفسير أى نص في الدستور بما يتفق مع باقى نصوصه وليس بمعزل عن أى منها ، وهذا ما يخضع له تفسير النص المعدل للمادة الثانية من الدستور مثل باقى نصوصه . كما أنه من المسلمات أيضا أن مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء تقرر أن غير المسلمين من أهل الكتاب يخضعون في أمور أحوالهم الشخصية من زواج وطلاق وغيرها لشرائع ملتهم ، وقد استقر على ذلك رأى فقهاء الشريعة منذ أقدم العصور نزولا على ماورد في الكتاب والسنة ولذلك روعي في التقنيات خضوع غير المسلمين في مسائل الأحوال الشخصية لقوانين ملتهم .

وأهم الملامح الأساسية للتقنيات الجديدة تظهر فيما يلي :

١ — أن هذه التقنيات مأخوذة من الشريعة الإسلامية نصا أو مخرجة على حكم شرعى أو أصل من أصولها وذلك دون التقيد بمذهب فقهي معين ، ومن هنا استنبطت الأحكام من أراء الفقهاء التي تتفق ، وظروف المجتمع ، ولست في حاجة إلى أن أذكر لحضراتكم أن الأحكام الشرعية تنقسم إلى قسمين :

النوع الأول : أحكام قطعية الثبوت والدلالة ، وهذه لا مجال للاجتهاد فيها .
النوع الثاني : أحكام اجتهادية ، إما لأنها ظنية الثبوت وإما لكونها ظنية الدلالة ، ومن المسلم بالنسبة للأحكام الاجتهادية أنها تتغير بتغير

٣ - مشروع قانون العقوبات : القمم العام والحدود والتعزيرات
ويقع في ٦٣٥ مادة .

٤ - مشروع قانون التجارة البحرية : ويقع في ٤٤٣ مادة .

٥ - مشروع قانون التجارة : ويقع في ٧٧٦ مادة .

الإخوة والأخوات :

إن هذا العمل التاريخي الذي كانت إشارة البدء فيه من مجلسكم الموقر
ما زال بحاجة إلى جهد جهيد يتعين أن يسعى إليه كل الذين يريدون
للشريعة الازدهار ، كل في مجال تخصصه وهذا يقتضي أن نبدأ منذ الآن
بما يأتي :

(١) تهينة المناخ الاجتماعي لقبول التقنيات الجديدة ويكون ذلك
عن طريق وسائل الإعلام المتعددة وعقد جلسة استطلاع في الموضوعات
التي جدت في المجتمع بعد إقفال باب الاجتهاد ، وتبنت اللجنة بعض الآراء
فيها مثل أعمال البنوك ونظم التأمين ونظم استثمار الأموال . . . الخ

(٢) يتعين تنظيم دورات تدريبية حتى يتفصح المجال أمام القضاة
لدراسة واستيعاب التشريعات الجديدة .

(٣) يتعين تغيير برامج الدراسة في كليات الحقوق في الجامعات المصرية
بما يتماشى مع التقنيات الجديدة .

حفظ الله أمتنا وسدد خطاها على طريق العزة والنصر بقيادة رئيسنا
وقائدنا الرئيس محمد حنى مبارك .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

الزمان والمكان الأمر الذي أدى إلى تعدد المذاهب الإسلامية بل والآراء
داخل المذهب الواحد ، وهو ما أعطى للفقه الإسلامي مرونة وحيوية
أمكن معها القول بأن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان .

٢ - حرصت اللجنة الفنية التي تولت إعداد هذه التشريعات على بيان
الأصل الشرعي لكل نص من النصوص أو الأصل أو المبدأ الذي خرجت
الحكم عليه حتى يكون الرجوع في التفسير والتأويل إلى مراجع الفقه
الإسلامي بدلا من الالتجاء دائما إلى الفقه الأجنبي .

٣ - أما بالنسبة للعلاقات الاجتماعية والمعاملات المالية الجديدة التي
استحدثت ولم يتطرق لها فقهاء الشريعة فقد اجتهدت اللجنة في استنباط
الأحكام التي تتفق وظروف المجتمع وروح العصر بشرط مطابقتها لروح
الشريعة الإسلامية وأصولها ومن أمثلة ذلك معاملات البنوك والتأمينات
وطرق استثمار المال . . الخ .

٤ - إنه في سبيل الحفاظ على التراث الفقهي المصري ومبادئ الفضاء
التي استقرت طوال القرن الماضي فقد حرصت اللجنة على الأخذ
بالمصطلحات القانونية المألوفة ولم تخرج عليها في الصياغة إلا إذا
اقتضت الضرورة ذلك ، أما المضمون والمداني فهما مطابقان للفقه
الإسلامي .

والشريعات التي تم إنجازها هي :

١ - مشروع قانون المعاملات المدنية : ويقع في أكثر من ١٠٠٠
مادة .

٢ - مشروع قانون الانببات : ويقع في ١٨١ مادة .

ومشروع قانون التقاضى . . ويقع في ٥١٣ مادة .

(ثالثاً) كلمة السيد العضو ممتاز نصار

رئيس لجنة التقاضي عن :

١ - مشروع قانون اجراءات التقاضي

٢ - مشروع قانون الالبات

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد الاستاذ الدكتور رئيس المجلس ، السادة الأعضاء :

أود قبل أن أبدأ تلاوة تقرير اللجنة عن مشروع قانوني لإجراءات التقاضي والإببات أن أتوجه بالشكر والعرفان إلى مجلس الشعب الموقر ورئيسه السيد الدكتور صوفي أبو طالب على الجهد الوافر الذي صاحب إجراءات تعديل هذه القوانين بالصورة التي أتت إليها هذه التعديلات وكذلك أتوجه بالشكر إلى رئيس لجنة إجراءات التقاضي السابق السيد العضو فضيلة الشيخ صلاح أبو إسماعيل ، ولقد ساهم بمجهود وافر في هذه العملية .

والآن أقدم لحضراتكم تقريراً موجزاً عن مشروع قانون التقاضي في المعاملات المدنية والتجارية ، وكلنا نعلم أن لجنة تقنين إجراءات التقاضي والمرافعات بدأت عملها في فبراير سنة ١٩٧٩ ، بناءً على تكليف من السيد الدكتور رئيس مجلس الشعب لتقنين وإعادة صياغة مواد قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإببات الحاليين بما يتفق وقواعد وأحكام الشريعة الإسلامية ، وثار الجدل في بداية عمل اللجنة هل يقتصر هذا العمل على مراجعة واستعراض النصوص الحالية لتحديد ما يخالف منها تلك الأحكام فتاغيه أو تعديله بما يتفق مع الأحكام الشرعية وما لا يخالفها ببقائه على حاله أم أنه يجب تأصيل كل مادة من مواد المشروع المعدل ليكون لكل حكم أصله الشرعي الصحيح سواء من كتاب الله عز وجل أو سنة رسول الكريم صلى الله عليه وسلم أو من إجماع أو من آراء الفقهاء الشرعيين ، واخذت اللجنة المذكورة بالرأي الأول على أساس أنه يؤدى إلى صراحة وإيجاز .

وقسمت اللجنة عملها إلى خمسة أقسام أسندت كل قسم منها إلى لجنة فرعية وهذه اللجان الخمس هي : لجنة نظام القضاء وترتيب المحاكم ، ولجنة الدعوى والحسبة ، ولجنة إجراءات التقاضي ، ولجنة الإببات ، ولجنة الحكم وطرق الطعن في الأحكام وتنفيذها .

وقدمت كل لجنة من هذه اللجان الفرعية تقريرها إلى لجنة تقنين إجراءات التقاضي التي وضعت تقريراً عاماً اعتمدت فيه على قاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة والحل ما لم يرد عليه دليل التحريم ، وفي ضوء ذلك أقرت من مواد قانون المرافعات الحالي الصادر به القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ما لا يتعارض مع أصل من أصول الشريعة الإسلامية ، أما ما تعارض منها مع هذه الأصول فقد تناولته اللجنة المذكورة بالتعديل أو الإضافة أو الحذف

أو استحداث بعض مواد جديدة ، وبعد الانتهاء من هذا العمل قدمت تقريرها بذلك إلى اللجنة العامة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب وأرفقت به نصوص اقتراحاتها ومشروعات القوانين التي وضعتها لتعديل قوانين المرافعات والإببات والسلطة القضائية .

ولكن اللجنة العامة صالفة الذكر أعادت هذا التقرير لتأصيل المواد التي اشتمل عليها جميعاً ولربط التشريع بمصادره الأصلية من الكتب الشرعية وعدم الاكتفاء على تعديل ما يخالف أحكام الشريعة وإبقاء ما لا يخالفها .

وفي يوليو سنة ١٩٨١ أصدر السيد الدكتور رئيس المجلس قراراً بتشكيل لجنة ثنائية من الأستاذين المسنشرين إبراهيم القليوبي والنائب العام السابق وفضيلة الشيخ إبراهيم الوقفي عضو مجمع البحوث الإسلامية ومفتش العلوم الدينية بالأزهر سابقاً ، وذلك للقيام بهذا التأصيل .

وبدأت اللجنة الثنائية عملها في سبتمبر سنة ١٩٨١ وقامت به على ثلاث مراحل أولاً مرحلة الرجوع إلى أهم المراجع الشرعية اللازمة لهذا العمل واختارت ما يزيد على الخمسة والعشرين مرجعاً من أهم الكتب لأنه الفقهاء والمجتهدين المشهورين وكتب التفسير والحديث وقامت مكتبة مجلس الشعب باحضار تلك الكتب وتعذر الحصول على البعض القليل منها ، وجعلت اللجنة مقر عملها مكتبة مجلس الشعب أو في أماكن أخرى وكانت تعقد ثلاث جلسات أسبوعياً أو جالسيتين ، واستغرقت مراجعة تلك المراجع حتى نهاية شهر ديسمبر سنة ١٩٨١ ثم فيها استخلاص كل ما يتعلق بموضوعات بحثنا في قانون المرافعات المدنية والتجارية وجمع هذه الخلاصات .

وبعد أن أتمت اللجنة الثنائية هذه المرحلة الأولى بدأت مرحلتها الثانية وهي الحاق تلك الخلاصات والابحاث التي تم جمعها بل في موضعه المناسب من أعمال أقسام قانون المرافعات الموزعة على لجانه الفرعية الخمس سالدة الذكر .

وفي أوائل يناير سنة ١٩٨٢ بدأت اللجنة المرحلة الثالثة الهامة والأخيرة من العمل وتمثل في تأصيل المسودات التي لم تؤصل وردها إلى أصولها الشرعية من كتاب وسنة أو إجماع أو رأي فقهي لربط التقنين المنشود بمصادره الشرعية وليكون الرجوع إلى تلك الأصول والمراجع الإسلامية ، لا للقوانين والمراجع الأجنبية عند خلاف وجهات النظر في التطبيق ، وذلك مع الاستفادة بالتقنيات ومشروعات التقنين الإسلامي الموجود ،

مبادئ المشروع

وقد قام المشروع المرفق على المبادئ الآتية :

المبدأ الأول — ربط التقنين المنشود بمصادره الشرعية من كتاب الله أو سنة رسوله الكريم أو إجماع أو رأى من آراء الفقهاء المدونة في كتب الفقه الإسلامى ليكون الرجوع إلى تلك الأصول والمراجع لإسلامية لالقوانين الأجنبية عند اختلاف وجهات النظر في التطبيق .

المبدأ الثانى — عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامى ولو كان المذهب الحنفى وذلك خروجاً من ضيق المذهب الواحد إلى سعة شريعة الإسلام بمذاهبها المختلفة إذ إن المذاهب الفقهية الإسلامية ليست إلا وجهات نظر لأصحابها لا يقيد غيرها إلا بقدر ما يقوم الدليل على صحته وعلى تحقيقه للمصلحة المعتبرة شرعاً .

المبدأ الثالث — أنه بالنسبة للواد المنظمة للأمر المستحدثة والتي ليس لها أصول شرعية ولا تخالف هذه الأصول فإن وضعها في المشروع سيكون استناداً إلى قاعدة المصلحة المرسلّة التي تجزى لولى الأمر وضع النظم المناسبة لتحقيق مصالح المجتمع مادامت لا تتعارض مع أحكام الشرع وهي التي لم يرد نص شرعى باعتبارها أو بالغائها ، وأخذاً بما تعارف الناس عليه في حياتهم وتعاملوا به وفقاً لحكم الشريعة الإسلامية لأن القانون يجب أن يكون وثيق الصلة بحياة المجتمع عاداته وتقليده .

المبدأ الرابع — عدم محاولة استقصاء كل التفاصيل والفروع أو النص على حكمها أو كفائها بالكليات تحقيقاً لغرض المرونة وتمكيناً للفقه من دورها في تطبيق تلك الكليات على الوقائع وفقاً للقواعد المقررة في الفقه الإسلامى .

هيكل المشروع

يشتمل مشروع القانون على :

أولاً — الأحكام العامة في الخصومة والتنفيذ ثم كتابين .

ثانياً — الكتاب الأول في إجراءات التقاضى وقواعد المرافعات .

ثالثاً — والكتاب الثانى ويشمل التنفيذ وإجراءاته وشروطه .

الكتاب الأول

ويشمل أربعة أبواب :

الباب الأول : وهو خاص بقواعد نظام التقضاء وترتيب المحاكم واختصاصاتها سواء بالاختصاص الدولى أو النوعى أو المحلى ، ثم أحكام وشروط عدم صلاحية البصاة وردهم وتحييم وأعضاء النيابة العامة وكذلك شروط ونظام التحكيم .

حالياً ، مع الحرص على الإبقاء على الهيكل العام للتشريع المصرى القائم ، وعلى تذييل كل مادة أو بعض المواد المتعلقة بموضوع ، أحد بقدر الإمكان بمذكرة إيضاحية يبين فيها الحكم ومصادره الشرعية من كتب الفقه الإسلامى وذلك بدءاً بالقسم الأول من أقسام القانون وهو القسم الخاص بنظام القضاء وترتيب المحاكم واختصاصاتها ثم يباقي الأقسام الأخرى تبعاً ، أما المواد المنظمة لأمر مستحدثة ليس لها أصول شرعية ولا تخالف هذه الأصول فإن وضعها في المشروع سيكون تأصيله استناداً إلى قاعدة المصلحة المرسلّة التي تجزى لولى الأمر وضع النظم المناسبة مادامت لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولم يرد نص شرعى باعتبارها أو بالغائها .

مصادر المشروع ومنهجه

راعت اللجنة أن للشرع مصدرين : أولهما الكتاب والسنة والإجماع وآراء الفقهاء المدونة في كتب الفقه الإسلامى وثانيها سلطة ولى الأمر وفقاً لأحكام الشريعة في تنظيم شئون الدولة ومبها القضاء ، والغاية من هذا المصدر تحقيق المصلحة التي يعتبرها الشارع فيما لم يرد فيه نص .

كذلك راعت اللجنة في مزج المشروع أنه لم يمتد إلى إجراءات التقاضى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والتي خصص لها قانون المرافعات الحالى الكتاب الرابع منه بدءاً من المادة ٨٦٨ إلى المادة ١٠٣٢ على أساس أن يصدر بها قانون مستقل ، جريباً على المنهج الذى سارت عليه لجنة الإثبات في مشروعيها الذى قدمته لمجلس الشعب استناداً إلى أن التكييف الصادر إلينا من هذا المجلس هو وضع مشروع قانون لإجراءات التقاضى في المواد المدنية والتجارية من الفقه الإسلامى ولم تدخل لأحوال الشخصية في دائرة تقنين الشريعة بمجلس الشعب وهي مسائل مختلفة بطبيعتها عن مسائل المعاملات المالية ، مما اقتضى أن يكون لها في كثير من الأحيان قواعد خاصة بها تخالف القواعد في المسائل المدنية والتجارية خاصة وأن أحكام الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المسلمين تختلف عنها بالنسبة للمسلمين وليراد توحيدها بين المسلمين وغيرهم لقيامها على العقيدة الدينية ، ومن أجل هذه الاعتبارات لم تدخل لجنة إجراءات التقاضى في عملها الكتاب الرابع من قانون المرافعات الحالى وهو الخاص بإجراءات الأحوال الشخصية على أساس أن يصدر به وبقواعد الإثبات الخاصة بها قانون مستقل ، ولذلك أقصر عمل اللجان الفرعية الخمس على مراجعة تقنين قانون المرافعات الحالى في المواد المدنية والتجارية ابتداءً من المادة الأولى حتى المادة ٥١٣ منه فقط .

المذكرة الإيضاحية

لمشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية

أهمية قواعد الإثبات :

تحتل قواعد الإثبات أهمية خاصة ، إذ أن الحق - وهو موضوع التقاضي - يتجرد من كل قيعة في الحياة إذا لم يقم الدليل على المصدر الذي نشأ عنه ، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه ، حتى صدق القول بأن الحق مجردا عن دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء ، من هنا يتعين أن تلقى قواعد الإثبات الموضوعية منها والاجرائية عناية خاصة إذ أنها الوسيلة التي يتوصل بها صاحب الحق إلى إقامة الدليل على قيام هذا الحق ، وتقديمه إلى القضاء ليتمكن منه .

وتشتمل طائفة القواعد الموضوعية على سبيل المثال على الأحكام المتعلقة بمحل الإثبات وبيان من يقع عليه عبءه وتفصيل طرقه ، وأحوال أعمال كل من هذه الطرق ، وغنى عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام اتقاء المنازعات وتأمين ما ينبغي للتعامل من استقرار .

وتشمل طائفة القواعد الاجرائية على سبيل المثال أيضا ما يتصل منها بالشكل والاجراءات ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق والخبرة .

وإذا كانت تلك هي أهمية الإثبات في سائر النظم فإن هذه الأهمية تبدو أكثر وضوحا في النظام الاسلامي الذي لا يكتفى بتقرير الحقوق ، بل يحرص على اعداد وسيلة اثباتها ، ومن أمثلة ذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبغض منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سقيفا أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تفضل احدهما فتذكر احدهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تساموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تباعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم ، وإن كنتم على سفر

ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه ولا تكتبوا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم » . (البقرة : ٢٨٢ - ٢٨٣) . وغنى ذلك من الآيات والأحاديث الخاصة باعداد الدليل .

كما يحرص النظام الاسلامي أيضا على تمكين أصحاب الحقوق من التمتع بها بقضاء عادل ، فيقول الله تعالى : « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (النساء : ٥٨) وعلى حض الخصم على ألا يأخذ غير حقه حتى ولو قضى له به فيقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « انكم تختصمون الي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فانما أقطع له قطعة من النار » . متفق عليه (بلوغ المرام رقم ١٩٣ ص ١٧) .

ومن ثم يكون من المتعين في ظل هذا النظام ألا تقف شكلية الدليل المهيأ ، أو اجراءات تقديم الأدلة للقضاء ، عائقا يحول دون تمتع أصحاب الحقوق بحقوقهم .

منهج المشروع :

وقد نهجت التشريعات مناهج شتى في اختيار الموضع المناسب لقواعد الإثبات ، فذهب بعضها (التشريعات الجرمانية) إلى إلحاقها بقانون المرافعات ، وهو مذهب يلقي النقد الشديد من الفقه المصري . وذهب بعضها (التشريعات اللاتينية) إلى توزيع تلك القواعد بين القانون المدني فتختصه بالقواعد الموضوعية ، وبين قانون المرافعات فتختصه بالأحكام الاجرائية ، وهذا المذهب أيضا محل نقد لصعوبة التفرقة بين ما هو اجرائي وما هو موضوعي من قواعد الإثبات ، فضلا عن صعوبة اختيار الموضع المناسب للقواعد الموضوعية في التقنين المدني . وذهب البعض الآخر (التشريعات الانجلو سكسونية) إلى فصل قواعد الإثبات الموضوعية عن القانون المدني وفصل قواعد الإثبات الاجرائية عن قانون المرافعات وتجميعهما في تقنين مستقل . وقد أخذ بذلك التشريع السوري في قانون البينات في المواد المدنية والتجارية (رقم ٣٥٩ الصادر في ١٠ حزيران سنة ١٩٤٧) وكذا التشريع الأمريكي الذي أضاف إلى قواعد الإثبات في المواد المدنية قواعد الإثبات في المواد الجنائية .

وهناك مذاهب ثلاثة فى القانون فى هذا الصدد :

١ - المذهب الحر أو المطلق : ووفقا لهذا المذهب لا يؤسـم القانون طرقا محددة للاثبات يقيد بها القاضى ، بل يترك الخصوم أحرارا يقدمون الأدلة التى يستطيعون اقتناع القاضى بها ويترك القاضى حرا فى تكوين اعتقاده من أى دليل يقدم إليه .

٢ - المذهب القانونى أو المقيد : وفى هذا المذهب يقيد القانون الاثبات أشد التقييد . وفى هذا المذهب يرسم القانون طرقا محددة تحديدا دقيقا لاثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ويجعل لكل طريق قيمته . ويتقيد بكل ذلك الخصوم والقاضى .

٣ - المذهب المختلط : وهو يجمع بين الاثبات المطلق والاثبات المقيد فهو فى المسائل الجنائية أشد ما يكون اطلاقا اذ يكون الاثبات حرا يتلخص القاضى وسائل الاقتناع فيه من أى دليل يقدم اليه شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أى دليل آخر . وفى المسائل التجارية يتقيد الاثبات بعض التقييد مع بقائه حرا فى الأصل . وفى المسائل المدنية يتقيد الى حد كبير فلا يسمح فيها الا بطرق محددة للاثبات تضيق وتتسع متمشية فى ذلك مع الملبسات والظروف .

والمذهب الأول يميل الى اعتبار العدالة ولو بالتضحية باستقرار التعامل . ولكن حظ العدالة فى هذا المذهب ظاهرى أكثر منه حقيقيا فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الواقعية الى مدى واسع ، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضى الجور والتحكم فاذا جار القاضى أو تحكم فى تعيين طرق الاثبات وتحديد قيمتها ، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها فى المذهب القانونى أو المقيد .

والمذهب الثانى يؤثر استقرار التعامل ولو على حساب العدالة . ولكن هذا المذهب ، على ما فيه من دقة حساسية تكفل ثبات التعامل ، يباعد بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية فقد تكون الحقيقة الواقعة

ملم السمع والبصر ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية الا اذا أمكن اثباتها بالطرق التى حددها القانون .

والمذهب الثالث يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضى من حرية التقدير .

(السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ٢٠ ص ٢٧ وما بعدها) .

وأنا لنجد فى الفقه الإسلامى المذهبين الأول والثانى . فذهب البعض الى حصر طرق القضاء فى طائفة معينة (راجع المواد ١٧٥٦ وما بعدها و ١٧٧١ وما بعدها و ١٨١٥ وما بعدها من المجلة) . وذهب البعض الى قبول أى حجة تؤيد المدعى أو دفع الدافع ، ومن أكبر أنصار هذا رأى ابن القيم فى اعلام الموقعين (ج ٤ ص ٣٠٩ - ٣١١) وفى الطرق الحكمية (ص ١٣ وما بعدها) (وانظر أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ص ٦ - ١٥) .

وفى مصر نهج المشرع فى المواد المدنية والتجارية أول الأمر منهج الفصل ، فضمن القانون المدنى الأحكام الموضوعية فى الاثبات وضمن قانون المرافعات القواعد الاجرائية ثم عدل عن ذلك الى منهج الجمع بينهما فأصدر قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - وهو المنهج الذى اتبعه أيضا فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ اذ جمع فيها بين الأحكام الموضوعية والأحكام الاجرائية فى الباب الثالث الذى عنوانه « فى الأدلة » .

وقد رأى فى هذا المشروع الاستمرار فى الأخذ بالمنهج الأخير وهو الجمع بين قواعد الاثبات الموضوعية وقواعده الاجرائية فى تقنين مستقل لما فى ذلك من تيسير على صاحب الحق فى التعرف على ما يسند حقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء وتجنب الصعوبات التى تنجم عن تشتيت مواد الاثبات بين القانون المدنى وقانون المرافعات مع الصلة الوثيقة التى تجمعهما حتى ليتعذر فى كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعى خالص أو اجرائى خالص ، بل انه لو أمكن ذلك لما كان مرغوبا فيه اذ أن كليهما ينبئ حكمه على الآخر ، وأخيرا فقد رأى المشروع فى هذا المسلك تخلصا من النقد الذى يوجه الى موضع مواد الاثبات فى القانون المدنى القائم اذ جاءت فى نهاية الكتاب الأول من القسم الأول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية فى حين أن حكمها ينسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية جميعا وهو نقد أحس به واضعو مشروع القانون المدنى المصرى القائم وكانوا يأملون لو جمعوا بين قواعد الاثبات وقواعد الشرح فى كتاب مستقل .

مصادر المشروع :

وهذا المشروع له مصدران . (أحدهما) آراء الفقهاء المدونة فى كتب الفقه الإسلامى و (الثانى) سلطة ولى الأمر وفقا للأحكام الشرعية فى تنظيم شئون الدولة ومنها القضاء .

أما المصدر الأول فقد توسع فيه بحيث لم يحصر فى مذهب واحد معين ولو كان هو المذهب الحنفى الذى ساد فى ربوع مصر ردحا طويلا من الزمان . وبذلك تحقق الخروج من ضيق المذهب الواحد الى سعة شريعة الاسلام . حبها المختلفة اذ المذاهب الفقهية الاسلامية ليست الا وجهات نظر لأصحابها لا تقيد غيرهم الا بقدر ما يقوم الدليل على صحته وعلى تحقيقه للمصلحة المعتمدة شرعا .

وأما المصدر الثانى فعليه تحقيق المصلحة التى يعتبرها الشارع فيما لم يرد فيه نص عن الشارع أو اجماع أو دليل شرعى آخر .

مبادئ المشروع :

وقد قام المشروع المرافق على المبادئ الآتية :

المبدأ الأول : الثقة فى القاضى بمد سلطته فى الدعوى من حيث الاثبات ولكن فى حدود معينة .

المبدأ الثالث : عدم محاولة استقصاء كل التفاصيل والفروع والنص على حكمها اكتفاء بالكليات تحقيقاً لفرص المرونة وتمكيناً للقضاء والفقه من دورهما في تطبيق تلك الكليات ، وبيانها ، على الوقائع وفقاً للقواعد المقررة في الفقه الاسلامي .

(مادة ١)

يطبق هذا القانون في المواد المدنية والتجارية .

(تقابل المادة ٣ من قانون الاثبات السوداني سنة ١٩٧٣) .

المذكرة الإيضاحية :

رأى النص في هذه المادة على نطاق تطبيق قواعد الاثبات . وهذا النطاق هو « المواد المدنية والتجارية » قصر لها على هذه المواد وإبعاداً للمواد الأخرى أن تدخل تحتها ذلك أن قواعد الاثبات تختلف باختلاف المواد فهي في المواد المدنية والتجارية غيرها في المواد الجنائية وفي مسائل الأحوال الشخصية وهو نفس مسلك المشرع السوري في قانون البيّنات الصادر في ١٠ من حزيران (يونيه) سنة ١٩٤٧ الذي قصر على المسائل المدنية والتجارية ومسلك المشرع المصري في قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وقد خالف هذا النص المادة الثالثة من قانون الاثبات في المواد المدنية لسنة ١٩٧٢ لجمهورية السودان ونصها :

« يطبق هذا القانون على الاثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها من المواد فيما لم يرد بشأنه نص في القوانين الخاصة بها » رغم ما نص عليه في المادة الأولى من ذلك القانون على أنه « يسمى هذا القانون : قانون الاثبات في المواد المدنية لسنة ١٩٧٢ » .

« يطبق هذا القانون على الاثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها من المواد فيما لم يرد بشأنه نص في القوانين الخاصة بها » رغم ما نص عليه في المادة الأولى من ذلك القانون على أنه « يسمى هذا القانون : قانون الاثبات في المواد المدنية لسنة ١٩٧٢ » .

(مادة ٢)

١ - تطبق نصوص هذا القانون بدلالاتها المختلفة على المسائل التي تتناولها .

٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يدل على الحكم ، حكم القاضي بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون بدءاً بالفقه الحنفي فالفقه المالكي فالفقه الشافعي فالفقه الحنبلي .

٣ - وإذا لم يوجد طبق القاضي ما أقره القضاء والفقه موافقاً للمشرعة الاسلامية في مصر ثم في البلاد الاسلامية .

(تقابل م ١ مدني مصري وم ١ مدني عراقي وم ٢ مدني أردني)

وقد أثر المشروع اتباع المذهب الثالث الذي يأخذ بمبدأ مد سلطة القاضي في حدود قواعد عامة مقررة .

أما من حيث المبدأ وهو بسط سلطة القاضي فلما تبين من التجربة أنه ليس شيء أبعد عن الصواب أكثر من أن يفترض في القاضي قلة الفهم والدراية والبعد عن جادة الحق والصواب فلا يترك له مجال للتفكير والتقدير فيما يعرض عليه من الأمور . وقد دلت التجربة العملية على أن تقييد سلطة القاضي تقييداً شديداً في تقدير البينة أو حرمانه من ذلك لم يقرب أصحاب الحق من حقوقهم ، بل هو على عكس ذلك قد أبعدهم عن الحق وخلق في المحيط القضائي ضروباً من طرق التلاعب اللفظي جعلت بين الحق وصاحبه هوة سحيقة وتركت القاضي آلة صماء تقضي بين الناس بلا روح ولا حس ولا تفكير ، ومن المعروف بداهة أن المعاملات بين الناس من التنوع والاختلاف بحيث يتعذر وضع قاعدة ثابتة تهدي الى معرفة الحق من الباطل لأن ذلك مما يخالف طبيعة الأشياء فلا مناص من أن تترك للقاضي حرية التبصر فيما ينظر فيه من القضايا فذلك أهدى الى العدالة وأقرب الى معرفة الحق .

وأما من حيث التقييد بقواعد عامة مقررة فلاتقاء تحكم القضاء وكفالة حسن سير العدالة وتأمين استقرار المعاملات وكل أولئك من قبيل الاعتبارات العامة التي تنهض لا لتوجيه التقييد في عمومها فحسب بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية في خصوصياتها ولاسيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالاثبات .

(انظر أول المذكرة الإيضاحية لقانون البيّنات السوري وكذا البند ١٨ من الأسباب الموجبة للاتحة القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والمذكرة الإيضاحية لقانون الاثبات المصري ولقانون الاثبات السوداني . وأحمد إبراهيم طرق القضاء ص ٦ - ٧ و ١٥ والسهنوري ، الوسيط ،

(انظر أول المذكرة الإيضاحية لقانون البيّنات السوري وكذا البند ١٨ من الأسباب الموجبة للاتحة القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والمذكرة الإيضاحية لقانون الاثبات المصري ولقانون الاثبات السوداني . وأحمد إبراهيم طرق القضاء ص ٦ - ٧ و ١٥ والسهنوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٢٨ - ٣٠) .

المبدأ الثاني : الأخذ بما تعارفه الناس في حياتهم وتعاملوا به وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ، لأن القانون يجب أن يكون وثيق الصلة بحياة المجتمع وعاداته وتقاليده - فاقر الخط والامضاء والختم والبصمة (م ٨٦ ، ٨٧) ووضع أحكاماً للرسائل العادية والبرقيات والدفاتر والأوراق المنزلية (م ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠) والتأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين أو الكتابة بما يؤيدها (م ٩١) .

(انظر المذكرة الإيضاحية لقانون البيّنات السوري وقانون الاثبات السوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - جمع المشروع في هذه المادة أدلة الأحكام وهو ما يعرف في اصطلاح رجال القانون بمصادر القانون . ولم يقصد من جمع هذه الأدلة (أو المصادر) مجرد تعددها بل أريد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق . وتقتصر الفقرة الأولى على بيان أن القاضى يبدأ أول ما يبدأ بالتمسك بالحكم فى النصوص التى يحويها هذا القانون فاذا وجد الحكم فيها بأى دلالة من الدلالات تعين عليه أن يمضيه وامتنع عليه الخروج عليها . وقد رؤى إبراز المقصود بالنصوص هنا فنص على أن المقصود بها ما تدل عليه بالدلالات المختلفة وهى أربع :

١ - دلالة العبارة : وهى دلالة اللفظ على المعنى المتبادر منه ، وهو الذى سبق له الكلام أصالة أو تبعاً . والمقصود أصالة هو الغرض الأول من الكلام . والمقصود تبعاً غرض ثان يدل عليه اللفظ ويمكن تحقيق الغرض الأول بدونه - مثال ذلك : « وأحل الله البيع وحرم الربا » فهو يدل بالعبارة على التفرقة بين البيع والربا كما يدل أيضاً على حل البيع وحرمة الربا .

٢ - دلالة الإشارة : وهى دلالة اللفظ على معنى غير متبادر منه ولكنه لازم للمعنى المقصود أصالة أو تبعاً ، لزوماً عقلياً أو عادياً ، واضحاً أو خفياً .

مثال ذلك قوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » مسوق لبيان مدة الحمل والفصال معاً وقوله تعالى « وفصاله في عامين » مسوق لبيان مدة الفصال وحده ، ويلزم من اعتبار الاثنين معاً أن تكون مدة الحمل وحدها ستة أشهر ، فهذا من مدلول إشارة النص ، وبه أجمع العلماء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر .

٣ - دلالة الدلالة : وهى دلالة اللفظ على تعدى حكم المنطوق به إلى مسكوت عنه لاشتراكهما في علة يفهم كل عارف باللغة أنها مناط الحكم وتسمى هذه الدلالة : « دلالة النص » و « فحوى الخطاب » و « لحن الخطاب » أى مقصده ومرماه ، ويسمى الشافعية « مفهوم الموافقة » لموافقة حكم المسكوت عنه لحكم المنطوق به فيها .

مثال ذلك قوله تعالى « أن الذين ياكلون أموال اليتامى ظلماً انما ياكلون فى بطونهم نارا » فان المنطوق به النهى عن أكل مال اليتيم بغير حق ، وكل من يعرف اللغة يفهم أن علة هذا النهى ما فى الفعل من عدوان ، فيفهم من الكلام النهى عن إحراق مال اليتيم وإغراقه وغير ذلك من أنواع العدوان عليه فدلالة الكلام على هذا من باب دلالة الدلالة .

٤ - دلالة الاقتضاء : وهى دلالة الكلام على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام على تقديره ، أو لا يستقيم معناه إلا به .

مثال ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا عمل إلا بنية » فان الكلام لا يصدق إلا بتقدير محنوف بأن نقول مثلاً : « لا ثواب لعمل إلا بنية » (راجع كشف الإبهام على البرزخى ، ١ : ٢٧٦ و ٢١٠)

٢ - وتعرض الفقرة الثانية لحالة نقص التشريع فتحيل القاضى إلى أحكام الفقه الإسلامى على اختلاف مذاهبه الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون محافظة على وحدة القانون واتساق أحكامه على أن يبدأ القاضى بالفقه الحنفى فان لم يجد فيه الحكم لجأ إلى الفقه المالكي ثم إلى الفقه الشافعى ثم إلى الفقه الحنبلى وقد روعى فى ذلك الترتيب التاريخى ومدى الانتشار فى مصر . وقد رؤى الاختصار على هذه المذاهب لغلبة الظن بكفايتها وتحديد مرجع القاضى وتيسيراً له .

٣ - فان لم يجد القاضى الحكم فى كتب الفقه الإسلامى طبق أحكام القضاء وآراء الفقه الموافقة للشرعية الإسلامية فى مصر أولاً وبذلك يحصل التوفيق بين الإبقاء على ما استقر قضاء وفقها فى البيئة المصرية من أحكام وآراء وبين الرغبة الجادة فى تطبيق الشريعة الإسلامية . ويلاحظ أن أحكام القضاء والفقه تمثل ، فى نطاق ما ، العرف ، والشارع الإسلامى يقر العرف . ومن القواعد الشرعية أن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م ٤٥ من المجلة) و « العادة محكمة » (م ٣٦ من المجلة) و « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م ٣٧ من المجلة) والمقصود بالقضاء والفقه هنا القضاء والفقه الموافقان للشرعية الإسلامية فى مصر وفى البلاد الإسلامية ، وقد قصد بالاحالة بعد مصر إلى البلاد الإسلامية الافادة مما فيها ثم توثيق الصلات بينها وبين مصر أملاً فى التقريب بين قوانينها ان لم يتحقق توحيدها .

(مادة ٣)

١ - البيئة على المدعى واليمين على من أنكر .

٢ - والمدعى من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو ديناً أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه .

(م ٤ و ٥ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ و ٧٦ و ٧٧ من المجلة ومن م ٤٤٤ الى م ٤٤٨ من القانون المدنى العراقى و م ٣٨٩ مدنى مصرى و ١ اثبات مصرى و ٣٧٦ مدنى لیبى) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - يتعين أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها متى نوزعت هذه الواقعة أو أنكرت صحتها . وقد بين فى هذه المادة المبدأ العام وهو أن المدعى هو الذى عليه أن يثبت دعواه . فان كن ما يطالب

به مالا فعلية أن يثبت ذلك باثبات المصدر الذي انشا الحق الذي يدعيه وهذا هو الجوهرى في هذا الصدد . والمقصود بالمصدر الشرعى للحق معناه العام وهو المصدر الذى يرتب الحق في ذمة المكلف سواء اكان ايجابا من المكلف نفسه على نفسه (بعقد أو بتصرف انفرادى) أو ايجابا من الشارع كحقوق الجوار . فهنا المصدر سواء من ايجاب المكلف على نفسه أو ايجاب الشارع هو الذى يكون محلا للاثبات . وقد تقررت هذه القاعدة في الفقه الاسلامى منذ البداية في عصر لم تكن معروفة فيه في أوروبا مما يكشف عما للفقه الاسلامى من فضل التقدم (السنهورى ، الوسيط ج ٢ ، الهامش ٣ ص ٦٧ - ٦٨) .

٢ - وهذه المادة تقابل المادة الأولى من قانون الاثبات المصرى ونصها : « على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه » وقد فضلت عبارته الفقه الاسلامى « (م ٧٦ من المجلة) على عبارة القانون » اثبات الالتزام « الواردة في القانون المشار اليه اتساقا مع مصطلحات الفقه الاسلامى ، ولان الاثبات في نطاق القانون المدنى والتجارى ليس مقصورا على اثبات الالتزام (الحق الشخصى) بل يتناول الحق الشخصى والحق العيى معا في نشوئهما وانقضائهما (السنهورى الوسيط ، ج ٢ ، البند ١٤ ص ٢٠ وما بعدها) .

٣ - والفقرة الأولى سندها حديث رواه البيهقى باسناد صحيح . البيئى على المدعى ولكن اليمين على المدعى عليه ، متفق عليه . وعن ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى اناس دعاء رجال وأموالهم ولكن البيئى على المدعى » رواه البخارى ومسلم (انظر بلوغ المرام البند ١٢٠٩ ص ٢١٩ ، وابن القيم ، الطرق الحكيمة ، ص ٩٤ وما بعدها ، واحمد ابراهيم ، طرق لقضاء ص ١٦) .

٤ - والمقصود بالبيئى « كل ما يبين الحق ويظهره » ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو اشهادهم يؤف مسماها حقه . ولم تات البيئى قط في نعران مرادا بها الشاهدان ، واسما اتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان ، مفردة ومجموعة . وكذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم « البيئى على المدعى » المراد به أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له ، واشهادان من البيئى . ولا ريب أن غيرها من أنواع البيئى قد يكون أقوى منها ، كدلالة الحال على صدق المدعى فانها أقوى من دلالة أخبار الشاهد . والبيئى والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والامارة متقاربة في المعنى . (ابن القيم ، الطرق الحكيمة ، ص ١٢ وانظر ايضا ص ٢٤) .

٥ - وقد رؤى تعريف المدعى والمدعى عليه بيانا لهما وهو تعريف عام ينصرف الى المدعى في دعواه وكذا الى المدعى عليه اذا سلك مسلك المدعى في دفاعه . وقد اختلفت عبارات الفقهاء في ذلك لان تعيين المدعى من المدعى عليه له أهمية خاصة في الفصل بين الخصوم ولذلك جاءت تعريفات كثيرة في هذا الصدد . (انظر في تفصيل ذلك : البدائع ج ٦ ص ٢٢٤ وتبصرة الحكام ج ١ ص ١٢٢ - ١٢٤ والفنى ج ٩ ص ٢٧١ - ٢٧٢) .

٦ - وفي القانون المدنى العراقى وردت النصوص الآتية اخذا عن المجلة :

م ٤٤٤ - الاصل براءة الذمة م ٤٤٥ - اليقين لا يزول بالشك م ٤٤٦ - يضاف الحادث الى اقرب اوقاته م ٤٤٧ - ١ : - الاصل بقاء ماكان على ماكان ، والاصل في الصفات العارضة العدم ٢٠ - وماثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه م ٤٤٨ : ١ - البيئى على من ادعى واليمين على من أنكر ٢٠ - والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بابقاء الاصل ، وهذه المواد مأخوذة عن المجلة (انظر من المجلة المواد ٨ ، ٤ ، ١١ ، ٥ ، ٩ ، ١٠ ، ٧٦ ، ٧٧) .

وهذه النصوص تتلخص أحكامها في أمرين : ١ - أن البيئى على من ادعى ، والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر واليمين على من أنكر والمنكر هو من يتمسك بابقاء الاصل ٢٠ - فالاصل هو براءة الذمة وبقاء ماكان على ماكان . وتطبيقا لذلك يكون الاصل في الصفات العارضة العدم ولايزول بالشك ، ويضاف الحادث الى اقرب اوقاته ، وماثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه .

وهذه الأحكام تلقى الضوء وتوافق ما تقرره هذه المادة وتوافق القانون المصرى بنصه في المادة ٣٨٩ مدنى والمادة ١ اثبات من أن « على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه » ولكن بعبارة اخصر وأبين وأشمل . (انظر السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ٤٥ ص ٦٥ وما بعدها) .

(مادة ٤)

يجب أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجزاء قبولها .

(١٥٦ مرافعات مصرى قديم وم ٢ اثبات مصرى و٣ بينات سنورى ، ٥ اثبات سودانى و١١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .
المذكرة الايضاحية :

الوقائع القانونية نوعان ، أولهما : الأعمال القانونية التى تتمثل في اتجاه الارادة الى أحداث اثر قانونى سواء كان من جانبين كالعقد عموما أو من جانب واحد كالوصية . وثانيهما : أفعال مادية وهى أمور محسوسة يرتب القانون عليها أثرا سواء كانت ارادية كالفعل الضار أو غير ارادية كالقراءة والجوار .

ويشترط في الواقعة القانونية بنوعها المراد اثباتها :

١ - أن تكون محددة لأن الواقعة غير المحددة لايمكن اثباتها كمن يطالب يدين أو بملكية ويؤسس دعواه على عقد لم يحدد ماهيته .

أثم وجار في الحكم - وكذلك إذا ارتأى بالدعوى صال المدعى عن سبب الحق وأين كان؟ ونظر في الحال، هل يقتضى صحة ذلك؟ وكذلك إذا ارتأى بمن القول قوله والمدعى عليه وجب عليه أن يستكشف الحال ويسأل عن القرائن التي تدل على صورة الحال، (ص ٢٤ وما بعدها) .

والذى اختص به إياس وشريح مع مشاركتهما لأهل عصرهما في العلم :

الفهم في الواقع والاستدلال بالأمارات وشواهد الحال وهذا الذى فات كثيرا من الحكام فأضاعوا كثيرا من الحقوق، (ص ٣٤) .

«والمقصود أن الشريعة لاترد حقا ولا تكذب دليلا ولا تبطل أمانة صحيحة وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبين في خبر الفاسق ولم يأمر برده جملة» (ص ٢٤) .

(وانظر أيضا من نفس الكتاب ص ٦١ . والسنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٣٥) .

٣ - والمقصود بالبيئات هنا طرق الاثبات سواء كانت الشهادة أو غيرها كما ورد في المذكرة الايضاحية الخاصة بالمادة ٣ من هذا القانون (وانظر ابن القيم ، الطرق الحكيمة ص ١٢ و ٢٤) .

٤ - وقد روى أيضا مع اطلاق حرية القاضى في تقدير الأدلة تحديد هذه الحرية وذلك بالقيود التى نص عليها في هذا القانون فمثال ذلك أنه لايجوز اثبات عكس الثابت بالكتابة الا بالكتابة وذلك تطبيقا للمذهب المختلط الذى أخذ به القانون فى الاثبات جمعاً بين الاطلاق والتقيد كما سلف البيان فى المذكرة الايضاحية العامة للقانون .

(مادة ٦)

لايحكم القاضى بعلمه الشخصى .

(م ٢ بينات سورى ٢ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

١ - تضمنت هذه المادة قاعدة عدم جواز الحكم بالاستناد الى علم القاضى الشخصى بمعنى أن لايحكم القاضى فى النزاع بالاستناد الى الوقائع التى اطلع عليها بصورة شخصية كما لو حضر مجلس العقد مثلاً . وأما مايطلع عليه من الوقائع بحكم ولايته بعد عرض النزاع على المحكمة وما يستنبطه منها من وجوه الحكم فليس من هذا القبييل لأن علمه بها لم يكن شخصيا وانماحصل بصورة رسمية بعد عرض الدعوى على المحكمة . (انظر المذكرة الايضاحية للمادة الثانية من قانون البيئات السنورى) .

٢ - وقد اختلف فى هذه المسألة بين الفقهاء المسلمين فعلى قول المتقدمين يجوز للقاضى فى غير الحدود الخالصة لله تعالى أن يقض

٢ - أن تكون غير مستحيلة .

٣ - أن تكون متنازعا فيها لانها اذا كانت معترفا بها من الخصم فلا محل لاضاعة وقت المحكمة فى تحقيقها .

٤ - أن تكون متعلقة بالحق المطالب به أى أن يكون الأمر المراد اثباته غير مقطوع الصلة بموضوع الدعوى .

٥ - أن تكون منتجة فى الدعوى أى أن تكون مؤثرة فى الفصل فى الدعوى مما يقتضى أن تكون متصلة بالموضوع .

٦ - أن تكون جائزة الاثبات قانونا ذلك أن القانون قد لايجيز اثبات واقعة ما تحقيقا لأغراض مختلفة منها المحافظة على النظام العام والآداب .

ويلاحظ أن واقعة التعامل بالربا وبيع المخدرات وامثالهما يجوز اثباتها لترتيب عدم مشروعيتها وما يترتب على عدم المشروعية من آثار ولكن لايجوز اثباتها لترتيب الآثار عليها باعتبارها صحيحة لأن هذا لايتفق مع النظام العام والآداب .

ولم ير حاجة للنص على الشروط الثلاثة الأولى لأنها بديهية .

(انظر السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ البند ٣٩ ص ٥٧ وما بعدهما)

وقد نص فى المادة ١١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أنه «يجوز للخصم المطلوب استجوابه أن يطلب من المحكمة رفض الأسئلة الموجهة اليه كلها أو بعضها اذا لم تكن متعلقة بالدعوى ولا جائزة القبول شرعا » وهذا يتفق مع حكم هذه المادة أما اغفالها ذكر أن تكون منتجة فى الدعوى فلأنه شرط بدهى لانزاع فيه .

(مادة ٥)

للقاضى فى حدود مانص عليه فى هذا القانون تقدير البيئات والاخذ منها بما يراه محققا للعدل .

المذكرة الايضاحية :

١ - وظيفة القاضى هى احقاق الحق ومن ثم وجب اتاحة الفرصة له كى ينظر فيما يقدم اليه من الأدلة وأن يتحقق من صدقها وأن يأخذ منها ما يراه محققا للعدل ولكن فى حدود مانص عليه فى هذا القانون .

٢ - وقد بين ذلك ابن القيم فى كتابه الطرق الحكيمة ومما قاله فى هذا الصدد :

«وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم اذا ارتأى بالشهود فرقهم وسألهم : كيف حصلوا الشهادة ؟ وأين حملوها ؟ وذلك واجب عليه متى عدل منه

المذكرة الإيضاحية :

رؤى النص على أنه إذا نددت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة اجراء من اجراءات الاثبات وجب عليها أن تحدد أجلا لمباشرة هذا الاجراء لا يجاوز ثلاثة أسابيع كما يعين رئيس الدائرة إذا لزم الأمر من يخلف القاضى عند الانتداب والأجل المذكور هنا اجراء تنظيمي قصد به التعجيل بالفصل فى الدعوى .

وندد أحد قضاة المحكمة أو ندد قاض من محكمة أخرى لاستيفاء اجراء من اجراءات الدعوى أو الاثبات كسماع شهادة الشهود أو المعاينة أو تحليف اليمين أمر يقره الفقه الاسلامي وقد تحدث فيه الفقهاء على اختلاف مذاهبهم فى كتاب القضاء وعلى الأخص بعنوان كتاب القاضى الى القاضى ، على أن بعض الفقهاء قد أجاز هذا اذا كان مرخصا له من ولي الأمر فى الالابة القضائية والكثير منهم على أن هذا من ضمن أعمال ولاية القاضى فلا حاجة لاذن خاص بهذه الانابة .

(تبصرة الحكام لابن فرجون ج ٢ فى الأبواب ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢ وما بعدها) .

(مادة ٨)

إذا كان المكان الواجب اجراء الاثبات فيه بعيدا عن مقر المحكمة جاز لها أن تندب لاجرائه قاضى محكمة المواد الجزئية الذى يقع هذا المكان فى دائرتها ، وذلك مع مراعاة الميعاد المتصوص عليه فى المادة السابقة .

(م ٤ اثبات مصرى وانظر م ٩ اثبات سودانى)

المذكرة الإيضاحية :

الأصل أن يجرى التحقيق بمركز المحكمة المنظور أمامها الدعوى وبوساطتها أو بوساطة أحد قضاتها . ولكن هناك حالات تقضى ظروفها أن يباشر التحقيق خارج مركز المحكمة أو يباشره قاض آخر من غير هيئة المحكمة التى أمرت بالتحقيق ، هو قاضى محكمة المواد الجزئية الذى يقع المكان الواجب الاثبات فيه فى دائرتها ، فيباشر التحقيق خارج مركز المحكمة . مثال ذلك حالة ما اذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور فيجوز أن ينتقل اليه القاضى المنتدب لسماع أقواله .

وندد أحد قضاة المحكمة أو ندد قاضى من محكمة أخرى لاستيفاء اجراء من اجراءات الدعوى أو الاثبات كسماع شهادة الشهود أو المعاينة أو تحليف اليمين أمر يقره الفقه الاسلامي على ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمادة السابقة (م ٧) .

ذلك بعلمه أخذا برواية الأصول . وعلى قول المتأخرين لايجوز له القضاء بعلمه فى شيء من ذلك أخذا برواية ابن سعادة عن محمد (انظر حاشية الحموى) وقال فى الاشياء ان الفتوى على قول محمد المرجوع اليه فى أنه لا اعتبار لعلم القاضى . قال فى جامع الفصولين : وعليه الفتوى وعليه مشايخنا رحمهم الله .

استدل المتقدمون بأن القضاء بالبيننة جائز بالاجماع فيجوز القضاء بعلم القاضى بطريق الأولى لأن المقصود بالبيننة ليس عينها بل حصول العلم للقاضى بالحادثة وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة غالب الرأى وأكبر الظن والحاصل بالحس والمساعدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى الا أنه لا يقضى به فى الحدود الخالصة لأن الحدود يحتاط فى درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ولأن كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فى هذا العلم لو اطلع على ما يوجب حدا خالصا ولكن غير القاضى اذا علم لا يمكنه اقامة الحد فكذا هو .

وفى رواية عن الشافعى أنه يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه فى كل شيء حتى فى الحدود الخالصة لله تعالى لأنه يجوز له أن يقضى بالبيننة فى ذلك فلا فرق بين علم يتعلق بالحدود وعلم يتعلق بغيرها .

وقد عدل المتأخرون عن قول المتقدمين وأجمعوا على الفتوى بخلافه لقلة واحدة هى فساد الزمان .

(انظر المبسوط والبدائع ونيل الأوطار . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٣ وما بعدها . والسنهورى ، ج ٢ ص ٣٢ - ٣٤) .

٣ - ولم ير فى القانون حاجة لا يراى ما نص عليه فى قانون الاثبات السودانى لسنة ١٩٧٢ فى الفقرة الثانية من المادة السابعة منه وهو « مع ذلك للقاضى أن يأخذ بما حصله من علمه بالشئون العامة المفروض المام الكافة بها » - فان مبدأ عدم جواز حكم القاضى بعلمه لا يمنع من أن يستعين القاضى فى قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصا به مقصورا عليه وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة (السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، الهامش ٣ ص ٣٣) .

وهذا الحكم وان لم يكن قد نص عليه صراحة فى القانون المصرى لا أنه - سلم به .

(مادة ٧)

إذا نددت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة اجراء من اجراءات الاثبات وجب عليها أن تحدد أجلا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الاجراء .

ويعين رئيس الدائرة عند الاقتضاء من يخلف القاضى المنتدب .

(م ٣ اثبات مصرى) .

(م ٦ اثبات مصرى)

المذكرة الايضاحية :

قصد بهذه المادة الزام الخصم بأن يتتبع بنفسه اجراءات التحقيق امام المحكمة أو القاضى المنتدب أو الخبراء ما دام قد أعلن أو كان عالما بالميعاد الذى يبدأ فيه التحقيق حتى ولو لم يكن حاضرا فيه .

(مادة ١١)

تقدم المسائل العارضة المتعلقة باجراءات الاثبات للقاضى المنتدب وما لم يقدم له منها لا يجوز عرضه على المحكمة .

وما يصدره القاضى المنتدب من القرارات فى هذه المسائل يكون واجب النفاذ وللخصوم الحق فى إعادة عرضها على المحكمة عند نظر القضية ما لم ينص القانون على غير ذلك .

(م ٧ اثبات مصرى)

المذكرة الايضاحية :

١ - المقصود بالمسائل العارضة الخاصة بالاثبات تلك التى تتعلق بموضوع الدليل أو كونه مقبولا أو غير مقبول أو تلك التى تتعلق باجراءات تقديم الدليل وتحقيقه وما يجب أن يراعى فيها من أوضاع ومواعيد . والمقصود من ذلك هو ألا تكون اثاره هذه المسائل وسيلة لتعطيل التحقيق . لذلك يوجب القانون عرضها كلها على القاضى المنتدب حتى ما كان منها من اختصاص المحكمة الكاملة ، وذلك للحكم فيها . وظاهر من نص المادة أنه يتعين التمسك بالطلبات العارضة الخاصة بالاثبات أمام القاضى المنتدب والا سقط الحق فى عرضها على المحكمة .

٢ - والمقصود بالفقرة الثانية تمكين القاضى المحقق من إصدار قرار مؤقت واجب النفاذ يمكنه من السير فى التحقيق أن رأى عدم جدية المنازعة العارضة ومع ذلك يبقى - مراعاة لمصلحة الخصوم ومقتضيات العدالة - لذى الشأن حق إعادة عرض هذه المنازعة على المحكمة الكاملة بعد انتهاء القاضى من التحقيق وعند أحالة القضية عليها .

(مادة ٩)

الأحكام الصادرة باجراءات الاثبات لا يلزم تسبيبها ما لم تتضمن قضاء قطعيًا .

ويجب إعلان منطوق هذه الأحكام الى من لم يحضر جلسة النطق بها وكذلك يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء الاثبات والا كان العمل باطلا .

ويكون الاعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين .

(م ٥ اثبات مصرى وأنظر م ١٠ اثبات سودانى)

المذكرة الايضاحية :

١ - هذه المادة تقضى باعفاء الأحكام الصادرة باجراءات الاثبات من التسبيب اكتفاء بمنطوق الحكم اذ الأمر فى هذه الأحكام هو كقول لطلق تقدير القاضى وهو يملك العدول عما أمر به من اجراء الاثبات كما يملك بعد مباشرة اجراء الاثبات الا يأخذ بنتيجته ثم أن هذه الأحكام لا تقبل بذاتها الطعن مستقلة عن الحكم المنهى للخصومة مما تنتفى معه الحاجة الى تسبيب هذه الأحكام . وقد قصد بهذه المادة توفير جهد القضاة وقتهم لصرفه فيما عليهم من أعباء جسام وكذا الاسراع فى الفصل فى القضايا بمباشرة اجراء الاثبات دون حاجة لحجج الدعوى للحكم لتحرير الأسباب .

ولكن اذا انطوى الحكم على قضاء قطعى فى المنطوق أو فى الأسباب فإنه يجب تسبيب هذا القضاء القطعى .

٢ - وقد أوجبت المادة إعلان منطوق الأحكام الصادرة باجراءات الاثبات الى من لم يحضر جلسة النطق بها وكذلك يجب إعلان الأمر الصادر بتعيين تاريخ اجراء الاثبات وقد قصد بذلك المزيد من التحويط لخطورة النتائج التى تترتب على هذا الاجراء غير أن هذا البطلان ليس من النظام العام فيزول بحضور الخصوم بالجلسات المحددة لاجراء الاثبات أو التالية لصدور الحكم أو بالنزول عنه صراحة أو ضمنا .

(مادة ١٠)

كلما استلزم تمام الاجراء أكثر من جلسة ، أو أكثر من يوم ، ذكر فى المحضر اليوم والساعة اللذان يحصل التاجيل اليهما دون حاجة لاخبار من يكون غائبا بهذا التاجيل .

(مادة ١٢)

على القاضي المنتدب اذا أحال القضية على المحكمة لأى سبب أن يعين لها أقرب جلسة مع اعلان الغائب من الخصوم بتاريخ الجلسة بوساطة قلم الكتاب .

(م ٨ اثبات مصرى)

المذكرة الايضاحية :

المقصود بالغائب فى هذا المادة من لم يحضر النطق بقرار الاحالة لأن من حضره قد سمع اقرار وعلم به . ولم ينص فى هذه المادة على البطالان فى حالة مخالفة حكم هذه المادة وعلى ذلك فيرجع فى هذا الى القواعد العامة فى البطالان الواردة فى قانون المرافعات .

(مادة ١٣)

للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من اجراءات الالابات بشرط أن تبين اسباب العدول بالحضر ويجوز لها الا تاخذ بنتيجة الاجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها .

(م ٩ اثبات مصرى وانظر المادة ٨ - ٣٠٢ اثبات سودانى)

المذكرة الايضاحية :

يقصد بهذه المادة عدم الزام القاضي بتنفيذ اجراء لم يصعد يرى ضرورة له وبخاصة وهو غير مقيد فى حكمه فى الموضوع بما يسفر عنه تنفيذ هذا الاجراء اذ من العبث وضياع الوقت والجهد الاصرار على تنفيذ اجراء تبين للمحكمة أنه غير منتج وليس من اللازم للعدول عن الحكم الصادر باتخاذ اجراء من اجراءات الالابات اصدار حكم مستقل انما يكفى النطق به واثبات أسبابه فى المحضر اما فى حالة عدم اخذ المحكمة بما أسفر عنه تنفيذ ما أمرت به من اجراءات الالابات فيجب أن يتضمن الحكم الصادر فى الموضوع أسباب العدول .

(مادة ١٤)

طرق القضاء على الاقرار والاستجواب والشهادة والكتابة واليمين والقرائن والمعينة والخبرة .

المذكرة الايضاحية :

اختلف الفقهاء فى بيان أدلة ثبوت الدعوى (أى الحجج الشرعية أو طرق القضاء) وقد حصرها البعض فى سبعة هى : البينة والاقرار واليمين والنكول والقسامة وعلم القاضى والقرينة القاطعة (الدرر ورد

المختار) وقال فى التكملة : والحاصل أن القضاء فى الاقرار مجاز (لأن الحق يثبت به بدون حكم وانما يأمره القاضى بدفع ما لزمه باقراره وليس لزوم الحق بالقضاء ، فجعل الاقرار من طرق القضاء انما هو بحسب الظاهر والا فالحق يثبت به لا بالقضاء) والقسامة داخله فى اليمين وعلم القاضى مرجوح والقرينة مما انفرد به ابن الغرس فرجعت الحجج التى هى أسباب الحكم الى ثلاث أى البينة واليمين والنكول .

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٧ - ١١ و ٢١٦ وما بعدها)

وذكر ابن القيم فى الطرق الحكيمة خمسة وعشرين طريقا ترجع عند النظر ، الى :

القرائن والعلامات الظاهرة - الشهادة - اليمين - النكول - اليد (أى الحيازة) - الانكار - الاقرار - الخط - القرعة - القافة (أى الخبرة فى أمور النسب) .

وذكر ابن فرحون فى التبصرة : الشهادة والخط والاقرار والقرائن والقرعة والقافة .

وفى مجلة الاحكام العدلية نجد أن طرق القضاء هى : الاقرار والشهادة واليمين والنكول والخط والقرينة القاطعة .

وقد ذكرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى المادة ١٢٣ أربعة أدلة هى : الاقرار والشهادة والنكول عن الحلف والقرينة القاطعة ولكنها تكلمت فى الباب الثالث الخاص بالأدلة على الأدلة الخطية (فى الفصل الثانى بعد الاقرار) ثم على اليمين والنكول (فى الفصل السادس) وعلى المعينة (فى الفصل السابع) وعلى الخبرة (فى الفصل الثامن) كما تكلمت على استجواب الخصوم (فى الفصل السابع من الباب الثانى م ١١٥ وما بعدها) وبهذا زادت الأدلة فيها على الأربعة المذكورة فى المادة ١٢٣ وذلك على خلاف ما ذهب اليه المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم اذ قال فى طرق القضاء (ص ٩ - ١٠) : « أقول : ان البناظر فيما جاء فى اللائحة فى حجية الأوراق الرسمية والعرفية وفى استجواب الخصوم ومعينة المحكمة وأهل الخبرة يراه لا يخرج عن هذه الحجج الثلاث اذ كله يرجع الى الاقرار وأن الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان وهو الذى يجب التعويل عليه كما سيأتى » ولكن بالرجوع الى المادة ١٣٤ من تلك اللائحة نجد أنها نصت على أن الأوراق الرسمية أكانت سندات أم محررات تكون حجة على أى شخص كان فيما تدون بها مما لا يدخلها دائما فى الاقرار وكذلك استجواب الخصوم ومعينة المحكمة وأهل الخبرة لا تدخل دائما فى الاقرار .

الباب الأول

الاقرار

حجية الاقرار :

الاقرار طريق من طرق القضاء .

والأصل في حجيته الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى : « إذا أخذ الله ميثاق النبيين لما آتيتكم من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه قال : أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا فاشهدوا وإنامعكم من الشاهدين » (آل عمران : ٨١) . وقوله تعالى « قالوا ربنا أمتنا

اثنتين وأحييتنا اثنتين فاعترفنا بذنوبنا فهل إلى خروج من سبيل » (غافر : ١٦) . وقوله تعالى : « وآخرون اعترفوا بذنوبهم خلطوا عملا صالحا وآخر سيئا عسى الله أن يتوب عليهم إن الله غفور رحيم » (التوبة : ١٠٢) . وقوله تعالى : « فاعترفوا بذنوبهم فسحقا لأصحاب السعير » (الملك : ٨٨) . وقوله تعالى : « وليبلل الذي عليه الحق » (البقرة : ٢٨٢) ، وغير ذلك من الآيات الكريمة .

وأما السنة فما روى أن معاذا أقر بالزنا فرجته رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الغامدية وقال : « واغدا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » .

وأما الاجماع فان الأمة أجمعت على صحة الاقرار .

وأما المعقول فلأن الاقرار اخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها .

(انظر : ابن قدامة ، المغنى ج ٥ ص ١٤٩ ، وابن القيم ، الطرق الحكيمة ، ص ١٩٤ وما بعدها ، وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٢١ - ١٢٤) .

ويلاحظ أن قانون الاثبات المصري اقتصر في بيان أحكام الاقرار على مادتين وقد روى في هذا القانون إيراد أحكامه كاملة وفقا للفقهاء الاسلامي مما استوجب علاجه في إحدى عشرة مادة .

(مادة ١٥)

الاقرار هو اخبار الانسان عن ثبوت حق عليه لآخر .
(المسادة ١٥٧٢ من المجلة و ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية)

وبالرجوع الى القوانين العربية الخاصة بالاثبات نجد انها : الأدلة الكتابية والشهادة والقرائن والاستجواب والاقرار واليمين والمعاينة والخبرة .

(م) من قانون البيئات السوري ١١ من قانون الاثبات السوداني .
وقانون الاثبات المصري . وانظر السنيهورى ، الوسيط ، ج ٢ ص ٨٩ وما بعدها) .

وإذا لقينا نظرة فاحصة وجدنا أن طرق اثبات الدعوى ترجع الى : الاقرار والشهادة والكتابة واليمين والنكول والقرينة والمعاينة والخبرة أما القسامة ، وهى خاصة بالقضاء بالدية ، فهى يمين . وأما علم القاضى فالفتوى على أنه ليس طريقا للقضاء لفساد الزمان وهو ما اخذ به هذا القانون فى المادة ٦ منه . وأما القافة فهى خاصة بالنسب وهو من الأحوال الشخصية وخارج عن نطاق هذا القانون .

وقد جرت بعض التقنيات على عدم النص على طرق القضاء باعتبار أن ذلك من عمل الفقه ولكن تقنيات أخرى جرت على النص عليها كلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقانون البيئات السوري وقانون الاثبات السوري وقد روى اتباع نهج التقنيات الأخيرة فى هذا القانون زيادة فى البيان .

وقد سار القانون على معالجة طرق القضاء بالترتيب الآتى :

١ - الاقرار .

٢ - استجواب الخصوم .

٣ - الشهادة .

٤ - الكتابة .

٥ - اليمين .

٦ - القرائن .

٧ - المعاينة .

٨ - الخبرة .

وقد روى فى هذا الترتيب نظرة الفقه الاسلامي من تقديم الاقرار بوصفه أقوى الأدلة يليه الاستجواب بوصفه وسيلة للاقرار ثم الشهادة ويلها الكتابة لأنها فى الغالب إما أن تكون اقرارا أو شهادة ثم اليمين وبقيّة الأدلة .

وقد خصص باب لكل طريق من هذه الطرق .

و ٤٠٨ من القانون المدني المصري و ١٠٣ من قانون الاثبات المصري و ٩٣ - ٩٥ بينات سوري و ٧٨ اثبات سوداني و ٤٦١ مدني عراقي .

المذكرة الايضاحية :

١ - هذه المادة تتناول تعريف الاقرار كما هو في الفقه الاسلامي . فلم يفرق فيها بين الاقرار في مجلس القضاء والاقرار في غيره بخلاف القانون المدني المصري والعراقي وقانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري الذي اعتبر الاقرار القضائي فقط اذ عرف الاقرار بأنه « اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة » (م ٤٠٨ مدني مصري و ١٠٣ اثبات مصري) - ذلك ان الاقرار هو « اخبار الانسان عن حق عليه وآخر » فالأقرار لا يختلف في طبيعته اذا كان أمام القضاء عنه اذا كان خارج مجلس القضاء والفرق بينهما انما هو في الثبوت وعدمه وهذه هي نظرة الفقه الاسلامي الى الاقرار على الوجه المفصل في مادة أخرى تالية (انظر المواد من ١٦٠٦ الى ١٦١١ من المجلة ، وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ص ٢٢٢) .

٢ - ويلاحظ أن الاقرار اعلان عن ارادة فيشترط فيه ما يشترط في كل اعلان عن ارادة . ولكن هذه الارادة ارادة مخبرة وليست منشئة . وأن محل الاقرار حق ، وأن هذا الحق على المثل للغير لانه لو كان على غيره لغيره كان شهادة ولو كان لنفسه يكون دعوى (الكنز ، والزيلعي عليه ، ٢ : ٥ . وانظر في الخلاف في كونه اخبارا او انشاء ، أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١١٦ - ١٢١) .

٣ - وحكمه اللزوم وهو نتيجة لاعتبار الاقرار تصرفا ينعقد بإرادة واحدة لضرورة للقبول في ترتيب حكمها ومؤدى هذا أنه لا يجوز العدول عن الاقرار الا بسبب خطأ في الواقع لأن الاقرار يخضع للأحكام العامة في عيوب الرضا باعتباره تعبيرا عن ارادة المقر (انظر فيما بعد م ٢٥) .

وهو أبلغ من الشهادة اذ قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره (انظر فرحون ، التبصرة ، ٢ : ٣٩) .

٤ - وقد أتى بالاقرار في أول مراتب الأدلة اتباعا للفقه الاسلامي . وقد اتبع هذا المسلك التقنين المراكشي والبرتغالي بخلاف انتقنين المصري الحالي الذي قدم الكتابة على الاقرارات والظاهر أن وجه النظر في ذلك أن الدليل الكتابي هو الغالب صورة من صور الاقرار (انظر أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٩) .

(مادة ١٦)

يكون الاقرار صراحة أو دلالة ، باللفظ أو الكتابة ، وكذا بالإشارة المعهودة من الأخرس الذي لا يعرف الكتابة .

(م ١٥٨٢ و ١٥٨٣ و ١٥٨٦ - ١ و ١٦٠٦ من المجلة و ١٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الايضاحية :

١ - تتناول هذه المادة صيغة الاقرار . فتقرر أنه قد يكون باللفظ أو الكتابة . واذا كان المقر أخرس فإن كان لا يعرف الكتابة صح اقراره بإشارته المعهودة لتعيينها طريقا لافهام مراده . أما ان كان يعرف الكتابة فهل يصح تصرفه بإشارته ؟

عند الحنفية روايتان احدهما : تصح تصرفاته كلها بإشارته مع قدرته على الكتابة . والآخرى لا تصح تصرفاته بالإشارة الا اذا كان عاجزا عن الكتابة . وقد اختار الرواية الثانية جمع من المحققين وذلك لأن الكتابة أدل على المراد من الإشارة وأبعد عن الاحتمال فوجب المصير اليها عند المقدرة عليها . وبهذه الرواية أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في المادة ١٢٨ فقد نص فيها على أن « اقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة ولا يعتبر اقراره بالإشارة اذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة » ، وهذا أحوط وأبعد عن الشك والارتباك .

٢ - وكما يكون الاقرار صراحة بالقول يكون أيضا بطريق الدلالة ، فتطلب شخص الصلح عن مال كان طلبه هذا اقرارا بذلك المال . فاذا قال رجل لآخر : لي عليك ألف فاعطني اياه فقال المطلوب صالحي على المبلغ المذكور بسبعمائة مثلا فإن هذا يكون اقرارا منه بالألف المطلوب : وكذا اذا استام شيئا أو استعاره أو استأجره كان هذا اقرارا منه دلالة بعدم ملكيته له لأن الانسان لا يستام ولا يستعير ولا يستأجر ملك نفسه (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٠ - ١٣٢) .

(مادة ١٧)

يشترط في المقر أن يكون عاقلا بالغاً مختاراً غير مجبور عليه . ولا يشترط ذلك في المقر له .

(م ١٥٧٣ و ١٥٧٥ من المجلة و ١٢٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٩٦ بينات سوري و ٤٦٢ و ٤٦٣ - ٢ مدني عراقي) .

٢ - والاقرار يصح لكل من الحاضر والغائب بلا قبول لكنه لازم في حق المقر بالنسبة للحاضر فلا يملك الاقرار به لغيره قبل أن يردده وغير لازم في حقه بالنسبة للغائب فيجوز له أن يقر به لغيره . وأما المقر له فالاقرار غير لازم في حقه سواء أكان حاضرا أم غائبا فله أن يردده في الحاليتين على ما تقدم (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء - ص ١٢٩ - ١٣٠) .

(مادة ١٩)

يصح الاقرار وأن اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به .
(م ١٥٨١ من المجلة و ١٢٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٤٦٧ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

تقضي هذه المادة بصحة الاقرار ولو اختلف سبب المقر به بين المقر والمقر له كان يقر شخص آخر بأن عليه ألف جنيه ثمن مبيع فيقبل المقر له على أنه هبة فيصنع الاقرار بالمقر به رغم اختلاف الطرفين في السبب .

(ابن قدامة ، المغنى ٥ : ١٦٣ ، وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ص ١٣٠) .

(مادة ٢٠)

- ١ - الاقرار المعلق بالشرط باطل .
- ٢ - ولكن اذا علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس يحمل على اقراره بالدين المؤجل .
(م ١٥٨٤ من المجلة) .

المذكرة الإيضاحية :

تقدم أن الاقرار اخبار يعق ثبت في الماضي . ويتربى على ذلك أنه لا يجوز تعليقه بالشرط أو اضافته الى أجل لأن التعليق والاضافة إنما يكونان بالنسبة الى المستقبل والاقرار اخبار عما سبق (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ص ١٢٥) .

فلو قال أحد آخر اذا وصلت المكان الفلاني أو قضيت مصطلحتي الفلانية فاني مدين لك بكذا يكون اقراره هذا باطلا ولا يلزمه المبلغ المذكور لأنه معلق بشرط والشرط أمر مستقبل في حين أن الاقرار اخبار عن ماض ولكن اذا قال ان أتى أول الشهر الفلاني فاني مدين لك بكذا يحمل على الاقرار بالدين المؤجل ويلزمه أداء المبلغ عند حلول ذلك الوقت لأن الاقرار علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس فلا يعارض مع الاقرار بدين في الماضي (أنظر شرح م ١٥٨٤ من المجلة) .

المذكرة الإيضاحية :

الاقرار تصرف اخباري يثبت به على المقر حق لم يكن من قبل ثابتا . ولما كان اعطاء دليل الحق غير الثابت يعدل من الناحية العملية انشاء هذا الحق ، فإنه يشترط فيه ما يشترط في التصرف في الحق المقربه من اهلية في المتصرف واختيار . فيطبق هنا ما يطبق من أحكام في التصرف الانشائي بالنسبة الى القاصر والوصي والمريض مرض الموت وغيرهم .

(أنظر ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ٢ : ٤١ ، وابن قدامة ، المغنى ٥ : ١٤٩ - ١٥١) .

الاولى ذلك فلا يصح اقرار الصغير والمجنون والمعتوه ولو أجازة الوالي لفقدان اهلية الالتزام بعباراتهم ولا يصح على هؤلاء اقرار أوليائهم وأوصيائهم لأنه اقرار على الغير وهو باطل ، غير أن الصبي المأذون بالتجارة يكون اقراره صحيحا فيما يتعلق بالتجارة كاقاراره بالبيع وقبض الثمن . ويشترط في المقر أيضا ألا يكون محجورا عليه بما يمنع من نفاذ التصرفات التي أقر بها فان أقر السفيه أو المدين المحجور عليهما ببال لشخص فان الاقرار يتوقف حتى يفك الحجر وذلك لقيام اهلية المقر المصححة لعبارة وقت الاقرار غير أنه وجد مانع الحجر فإذا زال المانع ظهر أثر الاقرار . ويشترط أيضا رضا المقر قال اقر وهو مكروه فاقاراه باطل وكذلك اذا كان هازلا في اقراره وكذلك السكران على تفصيل (أنظر أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٧ - ١٤٠) ولا يشترط ذلك في المقر له (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ص ١٤٢) .

(مادة ١٨)

لا يتوقف الاقرار على قبول المقر له ، ولكن يرتد برده .

(م ١٥٨٠ من المجلة و ٩٨ بينات سوري و ٤٦٦ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - اتخذ المشروع بما نص عليه في المجلة وقانون بينات السوري والقانون المدني العراقي من أن حق المقر له بما تضمنه الاقرار يثبت بوقوع الاقرار فلا يتوقف على قبوله ولكن للمقر له أن يردده كلا أو بعضا فيزول حكم الاقرار في الردود . ولكن لو قبل المقر له الاقرار ثم رده لا يرتد لأن المقر به صار ملكا خالصا للمقر له ونفى الانسان ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح . نعم لو تصادقا على عدم الحق صح ولو قبله بعد الرد لا يصح لأن حكم الاقرار يبطل بالرد ولكن هذا في الاقرار الذي يرتد بالرد لا في الاقرار الذي لا يرتد بالرد كالنسب والنكاح (أنظر أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٢٧ - ١٣٠) .

(مادة ٢١)

يشتوب في الاقرار الا يكذبه ظاهر الحال .

(م ١٥٧٧ من المجلة ، ٩٧ بينات سوري و ٤٦٥ مدني عراقي) .

المذكرة الايضاحية :

لصحة الاقرار يشترط ألا يكذب ظاهر الحال ، ويعود للمحكمة تقدير مطابقة الاقرار لظاهر الحال على ما يبدو لها من وقائع الدعوى ، ومن أمثلة ذلك أن يقر أن فلانا أقرضه مبلغ كذا في شهر كذا وكان المقر له قد مات قبل ذلك التاريخ فلا شيء يلزمه .

(أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٤٠) .

(مادة ٢٢)

١ - اذا صدر الاقرار أمام القاضي بمجلس القضاء فهو بذاته حجة على المقر .

٢ - أما اذا ادعى صدوره في غير مجلس القضاء فتطبق عليه القواعد العامة في الاثبات .

(انظر المادة ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمواد ٩٣ و ٩٤ و ٩٥ و ٩٩ و ١٠٢ سوري) .

المذكرة الايضاحية :

١ - الاقرار في الفقة الاسلامي هو « أخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه » . (الكنز والزيلعي عليه ٢: ٥ وم ١٥٧٢ من المجلة) وليس فيما بين ايدينا من كتب الفقة الاسلامي التفرقة بين الاقرار القضائي وغير القضائي على النحو الموجود في كتب القانون والذي يظهر منها انحصار التفرقة بينهما في الثبوت فالأقرار أمام القضاء ثابت بمجرد ادعاء الاقرار في غير مجلس القضاء فيحتاج الى اثباته ومن وسائل الاثبات الشهادة .

(انظر م ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والفتاوى الهندية ، ٤ : ١٦٧ وابن القيم ، الطرق الحكيمة ، ص ١٩٤ - ١٩٥) .

فاذا ثبت الاقرار الحاصل في غير مجلس القضاء كان والاقرار في مجلس القضاء ذا اثر واحد ذلك ان الفرق بين الاقرار القضائي وغير القضائي ليس الا الثقة في جدية الاقرار القضائي فاذا ثبتت جدية وصحة الاقرار غير القضائي تعينت المساواة بينهما في احكامهما فيؤخذ

به شأنه في ذلك شأن الاقرار القضائي لاتحادهما في أن كلا منهما « أخبار الانسان عن حق عليه لآخر » فالأقرار لا يستمد أثره من صدوره في مجلس القضاء وانما من صدوره من المقر على الوجه الصحيح شرعا :

وهذا يوافق رأيا في القانون (الصدة ، الاثبات ص ١٨٤ . وسليمان مرقس أصول الاثبات ، ص ١٠٩ ، والنظر السنهوري الوسيط ، ٢ : ٤٧٦ وما بعدها . وأحمد نشأت ، الاثبات ، ١٢ : ٤٩) .

٢ - وقد نص في الفقرة الأولى على أن الاقرار الصادر أمام القضاء حجة بذاته بمعنى أنه لا يحتاج الى دليل آخر لاثباته فهو في ذاته حجة قاطعة صدورا عن الثقة في جديته وصحته مادام صدر أمام القضاء . ولكن ذلك لا يمنع من الطعن فيه بأنه غير صحيح لانه توأما عليه مع خصمه أو انه وقع نتيجة تدليس أو اكراه أو انه صدر منه وهو ناقص الأهلية فاذا ثبت ذلك بالطرق الجائزة قانونا بطل الاقرار ولا يكون هذا رجوعا في الاقرار بل هو الغاء لاقرار ظهر بطلانه .

٣ - وحتى يكون الاقرار قضائيا يشترط أن يصدر أمام القاضي في مجلس القضاء (م ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقانون بالمادة ٤٠٨ مدني مصري و ١٠٣ اثبات مصري) .

أما اذا صدر في غير مجلس القضاء فتسرى القواعد العامة في الاثبات كشرط الكتابة فيما زاد على « سررس جنيها » . فاذا ثبت صدور الاقرار فعلا واجتمعت له شروط الصحة كان هذا الاقرار حجة قاطعة ولو أنه غير قضائي شأنه من هذه الناحية شأن الاقرار القضائي تماما . قال في التبصرة (٢ : ٤٠) : « لو كتب رسالة لرجل غائب : أن لك على كذا لزمه فان جحد وقامت البينة أنه كتبه أو أملاه لزمه » .

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٢٢ - ٢٢٥) .

وقد نص في المادة ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « لا تقبل دعوى الاقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها الا اذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء أو كان مكتوبا وعليه امضاء المقر أو ختمه أو وجدت كتابة تدل على صحته » وقد وضعت هذه القيود تقريبا للدعوى المزورة اذ كان الخصم اذا اعيتته الحيلة في اثبات الحق الذي يدعيه يدعى على خصمه أنه أقر به أمام شهود وشهود الزور كثيرون وشهادتهم على الاقرار بالحق أيسر من شهادتهم بنفس الحق فوضعت هذه القيود .

(أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٣ - ١٣٤ و ص ١٨٣ - ١٨٤)

ولكن يلاحظ أن اثبات الاقرار غير القضائي يخضع للأحكام العامة في الاثبات ومنها أنه لا يجوز الاثبات فيما زاد على قدر معين (عشرين جنيها) الا بالكتابة كما سيأتي .

المذكرة الإيضاحية :

وقد رؤى الأخذ بهذا الحكم (عدم تجزئة الاقرار على صاحبه) لأن المقر في هذه الحالة يقع في حرج : فاما أن يكذب فلا يقر بشيء . واما أن يقر بالدين وبالوفاء به فيؤخذ باقراره فيما يتعلق بثبوت الدين ولا يؤخذ باقراره فيما يتعلق بقضائه الدين فيوقعه صدقه في الضرر . فمنعنا للحرج رؤى الأخذ بالاقرار كله وعدم جواز تجزئته .

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٦ - ١٣٧) .

وقد يعرض الاقرار في صور مختلفة فقد يكون مجرد اعتراف بالواقعة المدعى بها . وقد يضاف اليه شق آخر يكمل الاعتراف الواقعة ، أو يشل دلالة هذا الاعتراف ، ويكون غير منفك عنه في صدوره . وفي الحالة الأولى يكون الاقرار بسيطاً ولا تعرض بشأنه أية صعوبة ، لأن اشكال عدم التجزئة ممتنع بطبعه . أما في الحالة

الثانية فيكون الاقرار مركباً ، ولا يهم فيما يتعلق بالاقرار المركب أن يكون الشق المضاف معاصراً أو غير معاصراً لقوانين الشق الأساسي المدعى بها . فقد يقر المدعى عليه بالدين ويدعى أنه معلق أو مضاف الى أجل ، ويسمى هذا الاقرار « موصوفاً » في اصطلاح الفقه لأن الشق المضاف معاصر للواقعة القانونية . وقد يقر المدعى عليه بوجود القرض ويدعى الوفاء ، فيكون الشق المضاف غير معاصر للواقعة القانونية .

وتعرض مسألة عدم التجزئة بالنسبة للاقرار المركب أي مسألة معرفة ما اذا كان يجوز لمن وجه الاقرار اليه أن يأخذ منه ما يرى فيه مصلحة له وأن يهمل الشق المضاف الا أن من المقرر أن الشق المضاف يعتبر غير منفك عن جملة الاقرار ، موصوفاً كان الاقرار أو غير موصوف أو لولاه لما صدر الاعتراف ثم ان الاقرار بأسره هو الذي يعتبر حجة لا جزء منه فحسب . ويترتب على ذلك أن الاقرار المركب لا يتجزأ موصوفاً كان أو غير موصوف بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه أن يعتد به بأسره .

فقاعدة عدم تجزئة الاقرار قاعدة عامة لايرد على إطلاقها أي قيد أوحده وبذلك يكون هذا القانون قد سد منافذ الخلاف الذي قام بشأن جواز أو عدم جواز تجزئة الاقرار المركب وما ينشأ عن ذلك من خلاف في التطبيق ، ونزل عند إرادة المقر التي تنصرف في الغالب الى وحدة اقراره حيث لا يتجزأ .

(مادة ٢٥)

لا يصح الرجوع عن الاقرار .

(م ٧٩ و ١٥٨٧ و ١٥٨٨ و ١٥٨٩ من المجلة و ١٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و م ٤٦٨ مدني عراقي) .

(مادة ٢٣)

الاقرار حجة قاصرة على المقر

(م ٧٨ و ٧٩ و ١٥٨٧ من المجلة و ١٠٤ اثبات مصري و ١٠٠ بينات سوري و ٧٢ - ١ سوداني و ٤٦٩ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

الاقرار حجة قاصرة على المقر بمعنى أنه لا يتعداه الى غيره من الدائنين والخلف الخاص والشريك والورثة فيما بينهم ولا ضد المقر له الا أن الاقرار يتعدى الى الورثة باعتبارهم خلفاء عاماً ذلك لأن الاقرار حجة بنفسه لا يحتاج فيه الى القضاء فينفذ عليه وحده بخلاف البيئة فهي تصبح حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فينفذ في حق الكل (الزيلي ٣ : ٥) .

ومن تطبيقات ذلك ما جاء في المجلة :

- ١٦١١ : « اذا أعطى أحد سند دين حال كونه مرسوماً ثم توفي يلزم ورثته بايوائه من التركة ان كانوا معترفين يكون السند للمتوفى . واما اذا كانوا منكرين ذلك فلا يعمل بذلك السند الا اذا كان خطه وختمه معروفين » .

- م ١٦١٢ : « اذا ظهر كيس مملوء بالنقود في تركة أحد محرر عليه بخط الميت أن هذا الكيس مال فلان وهو عندى أمانة يأخذه من التركة ولا يحتاج الى اثبات بوجه آخر » .

(وانظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٥٢ - ١٥٥) .

(مادة ٢٤)

الاقرار لا يتجزأ على صاحبه .

(م ١٢٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « ولا يتجزأ الاقرار الصادر من المدعى عليه بمجلس القضاء فلا يؤخذ منه الضاربة ويترك الصالح له بل يؤخذ جملة واحدة ويعتبر انكاراً للدعوى » . وذلك اذا لم يكن للمدعى دليل على دعواه ولا للمدعى عليه دليل على ما صدر منه » .

والمادة ١٠٤ - ٢ اثبات مصري ونصها : « ولا يتجزأ الاقرار على صاحبه الا اذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى » .

والمادة ٤٧٠ مدني عراقي وكذا م ١٠١ سوري و ٧٢ - ٢ سوداني (وانظر ابن قدامة ، المغني ، ٥ : ١٦١) .

المذكرة الايضاحية :

الاقرار تصرف شرعى اخبارى من جانب واحد يتعلق به حق الغير فحتى ثبت لم يعد فى امكان المقر العدول عنه الا لسبب من الاسباب التى تبطله ولو كان ذلك قبل أن يتمسك به المقر له . وللمقر له أن يتمسك بالاقرار أو أن يطرحه ويبطل الاقرار اذا طرحه المقر له وكان المقر به حقا خالصا للمقر له فاذا تعلق به حق الغير لم يبطل .

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٥٨ - ١٦٦ ، والمغنى ، ٥ : ١٦٤ وما بعدها . وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ٢ : ٤١ . والمادة ١٨ من هذا المشروع) .

الباب الثانى

استجواب الخصوم

(مادة ٢٦)

للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضرا من الخصوم ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر .

(م ١٠٥ اثبات مصرى و م ١١٥ و ١١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و م ١٠٣ بينات سورى و ٧٤ - ١ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

الاستجواب طريق من طرق تحقيق الدعوى يعتمد أحد الخصوم بواسطته الى سؤال خصمه عن بعض وقائع معينة ليصل من وراء الاجابة عليها والاقرار بها الى اثبات مزاعمه أو دفاعه أو تمكين المحكمة من تلمس الحقيقة الموصلة لهذا الاثبات .

والاستجواب جائز أمام المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وفى أى حالة كانت عليها الدعوى ويجوز طلبه واجراؤه أمام المحكمين لأنهم لم يخرجوا عن كونهم قضاة عهد اليهم الخصوم بالفصل فى الموضوع .

ويجب أن يقدم طلب الاستجواب قبل اقفال باب المرافعة فى الدعوى والا يكون مقصودا به كسب الوقت وتأخير الفصل فى النزاع .

ويجوز الأمر بالاستجواب فى كل موضوع قائم بشأنه نزاع سواء كان اثباته بالبينة جائزا أم غير جائز لأن الغرض من الاستجواب الحصول على اقرار من الخصم بوقائع قانونية مدعى بها ومادام الاستدلال بالاقرار جائزا بالنسبة لجميع الوقائع فانه من المسلم به جواز استجواب الخصم عن الوقائع التى لا يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود .

غير أنه لا يجوز الأمر بالاستجواب فى الحالات الآتية :

١ - اذا كان الغرض منه نفى حجية حكم لأنه لا يجوز دفع تلك الحجة بأى دليل من أدلة الاثبات .

٢ - اذا كان الغرض منه نفى وقائع تناولتها ورقة رسمية اذا كان الموظف الذى أثبتها عمل فى حدود وظيفته باعتبار أنه رآها أو سمعها أو باشرها .

٣ - اذا كان الغرض منه التوصل لاثبات عقد لا يعتبره القانون موجودا الا اذا اتخذ شكلا خاصا كعقد الهبة أو الرهن العقارى .

ويشترط فى الوقائع التى يتناولها الاستجواب :

١ - أن تكون شخصية بالنسبة للخصم المطلوب استجوابه ويقصد بالوقائع الشخصية بالنسبة للأشخاص المعنوية الوقائع المتعلقة بالشخص الاعتبارى كهيئة أو مصلحة أو شركة لا بشخص ممثلها المستجوب .

٢ - أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فى الاثبات وللمحكمة حرية التقدير فيما اذا كانت الوقائع المطلوب استجواب الخصم عنها متعلقة بالدعوى ومنتجة فى الاثبات (العشماوى ، المرافعات ج ٢ ، ص ٦٠٩ وما بعدها) .

(مادة ٢٧)

للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التى حددها القرار .

(م ١٠٦ اثبات مصرى و م ١٢٠ - ١٢١ من لائحة ترتيب المحكمة الشرعية و ١٠٤ بينات سورى و ٧٤ - ٢ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

اذا لم يكن الخصم حاضرا بالجلسة كان للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه ولا يجوز للخصم أن ينيب عنه غيره فى الاستجواب بل يتعين عليه أن يحضر بنفسه فى الجلسة التى حددت لاستجوابه فاذا لم يمثل لأمر المحكمة بالحضور فإن القانون رتب جزاء على ذلك هو ما نص عليه فى المادة ٣٤ من هذا القانون .

(مادة ٢٨)

اذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصا جاز استجوابه من ينوب عنه وجاز للمحكمة مناقشته هو ان كان مميّزا فى الأمور المأذون فيها .

المذكرة الايضاحية :

للمحكمة أو للقاضي المنتدب لاجراء الاستجواب أن يمنع الخصم من توجيه أسئلة الى خصمه تكون غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها أو تتضمن ما يخالف النظام العام أو حسن الآداب أو تتضمن تجريحا للمستجوب .

(مادة ٣١)

تكون الاجابة فى مواجهة من طلب الاستجواب ولكن لا يتوقف الاستجواب على حضوره .

(م ١١٠ اثبات مصرى و ١١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، و ١٠٧ بينات سورى)

المذكرة الايضاحية :

اذا صدر حكم بالاستجواب ولم يكن أحد من الخصوم حاضرا وقت المطلق به فانه يتعين على قلم الكتاب اعلانه به شأنه فى ذلك شأن أى اجراء من اجراءات الاثبات .

(مادة ٣٢)

تدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة بمحضر الجلسة ، وبعد تلاوتها يوقع عليها الرئيس والكتاب والمستجوب . واذا امتنع المستجوب عن الاجابة أو من التوقيع ذكر فى المحضر امتناعه وسببه .

(م ١١١ اثبات مصرى و ١١٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ١٠٩ بينات سورى)

المذكرة الايضاحية :

هذه المادة تبين طريقة اثبات الأسئلة والأجوبة فى محاضر الجلسات وما يتبع عند امتناع المستجوب عن الاجابة .

(مادة ٣٣)

اذا كان للخصم عذر يمنعه عن الحضور للاستجواب جاز للمحكمة أن تندب أحد قضااتها لاستجوابه على نحو ما ذكر .

(م ١١٢ اثبات مصرى و ١٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ١١٠ بينات سورى و ٧٤ - ٤ اثبات سودانى)

المذكرة الايضاحية :

اذا كان المراد استجوابه لا يستطيع الحضور المقر المحكمة لعذر يمنعه من ذلك وكان يقيم خارج دائرة المحكمة فانه يجوز للمحكمة أن تندب

ويجوز بالنسبة الى الاشخاص الاعتبارية توجيه الاستجواب الى من يمثلها قانونا .

ويشترط فى جميع الأحوال أن يكون المراد استجوابه أهلا للتصرف فى الحق المتنازع فيه .

(م ١٠٧ اثبات مصرى)

المذكرة الايضاحية :

الاستجواب ما هو الا وسيلة للحصول على اقرار من الخصم والاقرار لا تكون له حجته فى الاثبات باعتباره تصرفا قانونيا الا اذا كان صادرا ممن له أهلية التصرف فى هذا الحق قانونا وقد قضت محكمة النقض بأن الاقرار الصادر من الوكيل (المحامى) لا تكون له حجية على موكله الا اذا كان موضوع فيما أقر به تفويضا خاصا فذلك الاستجواب فالاستجواب المميز مشروط بأن يكون المسائل المأذون فيها ومادام انه يملك التصرف فى شأنها فانه يجوز استجوابه عنها وما ورد فى استجوابه بصدد ما يكون حجة عليه .

(مادة ٣٩)

اذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست فى حاجة الى استجواب رفضت طلب الاستجواب .

المذكرة الايضاحية :

١ - انه وان كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه الا أن محكمة الموضوع غير ملزمة باجابة هذا الطلب لانه من الرخص المخولة لها فلها أن تلتفت عنه اذا وجدت فى الدعوى من العناصر ما يكفى لتكوين عقيدتها بغير حاجة لاتخاذ هذا الاجراء .

٢ - ويجوز للمحكمة أن تعيدل عن حكم الاستجواب اذا رأت انه لا جدوى من اتخاذ هذا الاجراء وان فى أوراق الدعوى وما قدم فيها من أدلة ما يكفى لتكوين عقيدتها بغير حاجة اليه .

(مادة ٣٠)

يوجه الرئيس الأسئلة التى يراها الى الخصم ويوجه اليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها وتكون الاجابة فى الجلسة ذاتها الا اذا رأت المحكمة اعطاء ميعاد للاجابة .

(م ١٠٩ اثبات مصرى و ١١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ١٠٦ بينات سورى)

رابعاً : أن يجيب الخصم على الاستجواب باقرار صريح ويعتبر اقراره في هذه الحالة اقراراً قضائياً .

خامساً : أن يجيب الخصم اجابة غامضة أو ينكر بعض الوقائع ويقر البعض الآخر ففي حالة الغموض يكون للمحكمة السلطة في استنتاج ما تراه مستفاداً منه ولها أن تعتبره مبداً ثبوت بالكتابة يبيع الاحالة الى التحقيق أو تعتبره انكاراً للوقائع موضوع الاستجواب وفي حالة انكار بعض الوقائع والاقرار البعض الآخر يعتبر ما حصل الاعتراف به ثابتاً وما حصل انكاره غير ثابت .

الباب الثالث

الشهادة

حجيتها :

١ - الشهادة طريق من طرق الاثبات أمام القضاء .

قال تعالى : « وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » (الطلاق : ٢) .

وقال تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل أحدهما فتذكر أحدهما الأخرى » (البقرة : ٢٨٢) .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غم على أخيه ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت » رواه أحمد وأبو داود و « الغمر » (بكسر الغين المعجمة وسكون الميم ثم راء) أى صاحب حقد على أخيه و « القانع » الخادم والتابع وإنما ترد شهادته للتهمة بجلب النفع لنفسه .

(بلوغ المرام رقم ١٢٠٢ ص ٢١٨) .

« لا تجوز شهادة بدوى على صاحب قرية » رواه أبو داود وابن ماجه . (بلوغ المرام رقم ١٢٠٣ ص ٢١٨ - ٢١٩) .

« عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد » أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وقال اسناده جيد (بلوغ المرام رقم ١٢٠٧ و ١٢٠٨ ص ٢١٩) .

قال فى المبسوط : أن القياس يابى كون الشهادة حجة فى الأحكام لأنها خبر محتمل للصدق والكذب ، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة ، ولكننا تركنا ذلك بالنصوص : قال تعالى : « واستشهدوا شهيدين من

قاضي المحكمة الجزئية التى يقع فى حائزتها المكان الموجود فيه المطلوب استجوابه لاجراء الاستجواب وذلك وفقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٨ من هذا المشروع وفى هذه الحالة تحدد المحكمة التى أمرت بالاستجواب لقاضي المحكمة الجزئية المسائل التى يتعين استجواب الخصم فيها .

(مادة ٣٤)

إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الاثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك .

(م ١١٣ اثبات مصرى ٠ و ١٢٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « إذا امتنع المسئول عن الإجابة أو تخلف عن الحضور لاستجوابه فللمحكمة النظر فى ذلك من حيث كونه يورث شبهة أم لا وعليها أن تقرر ما تراه بعد ذلك » .

وم ١١١ بينات سورى وفيها زيادات هى : « بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تتخذ من هذا النكول أو التخلف مسوغاً لاعتبار الوقائع التى تقرر استجوابه عنها ثابتة أو أن تقبل الاثبات بشهادة ... الخ » .

وم ٧٤ - ٣ اثبات سوداني ونصها : إذا رفض الخصم الإجابة على الأسئلة الموجهة اليه بغير مبرر قانوني أو لم يحضر لاستجوابه بغير عذر مقبول جاز للمحكمة أن تستخلص من ذلك قرينة تساعدها على الفصل فى الدعوى .

المذكرة الإيضاحية :

لا يخلو الحال من أن يتخذ الخصم إزاء طلب الاستجواب أحد المواقف الآتية :

أولاً : أن يتخلف عن الحضور بعذر وفى هذه الحالة تؤجل الدعوى أو تنتقل المحكمة لاستجواب الخصم أما إذا كان تخلفه بغير عذر مقبول جاز للمحكمة أن تقبل لاثبات الواقعة الشهادة والقرائن فيما لم يكن جائزاً اثباته بهما .

ثانياً : أن يحضر الخصم ويمتنع عن الإجابة فإن كان امتناعه راجعاً لمنازعته فى جواز الاستجواب وتعلق الوقائع بالدعوى فصلت المحكمة فى ذلك فإن رفضت منازعته كان عليه أن يجيب على الأسئلة وإذا امتنع لغير سبب أو مبرر عن الإجابة جاز للمحكمة أن تقبل الاثبات بشهادة الشهود والقرائن .

ثالثاً : أن يحضر الخصم ويجيب بالانكار على الاستجواب وعندئذ لا يكون أمام الخصم الآخر إلا أن يقيم الدليل على ما يدعيه وفقاً لقواعد الاثبات العامة .

الكتابة» (السنهوري، الوسيط، ج ٢، البند ١٦٥ ص ٣١٩ والبند ١٨٩ ص ٣٥٦ وما بعدهما) .

والفقه الاسلامي يغلب الشهادة على الكتابة بل هناك من يمنع العمل بالكتابة دليلا في الاثبات (أنظر أحمد ابراهيم، طرق القضاء، ص ٦١ وما بعدهما) ويلاحظ أن الكتابة تكون في الغالب اقرا أو شهادة (راجع المذكرة الايضاحية للمادة ١٤ من هذا المشروع) .

(مادة ٣٥)

الشهادة هي الأخبار بحق أحد في ذمة الآخر في مجلس القاضى ومواجهة الخصمين .

المذكرة الايضاحية :

الغرض من الشهادة الحكم بموجبها فلا بد أن تكون بحضرة القاضى في مجلس حكمه الذى نصب ليفصل فيه بين المتنازعين، فلو أخبر بها في غير ذلك المجلس فلا تعتبر ولو كان القاضى حاضرا . وقد نص في المادة ١٦٨٧ من المجلة أنه « لا تعتبر الشهادة التى تقع في خارج مجلس المحاكمة » وأما المحكم فليس له مجلس معين كالقاضى ذى الولاية العامة بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه .

ويشترط على كل حال أن تكون الشهادة في المجلس الذى نصب فيه نفسه للحكم . ويشترط أن تكون الشهادة بمواجهة الخصمين اذا كانا حاضرين بمجلس القاضى مع اشارة الشاهد عند اداء الشهادة الى كل منهما ولا حاجة الى ذكر اسميهما ونسبهما في هذه الحالة لأن الاشارة أبلغ في التعريف بالشخص من تعريفه باسمه ونسبه لأنه في الحالة الأولى معين تعيينا ينتفى معه كل احتمال بخلاف الحالة الثانية مهما بولغ فيها فالاحتمال قائم وأن كان ضعيفا وعلى ذلك لو عرفهما باسميهما ونسبهما وهما حاضران ولم يشر اليهما لا يكتفى منه بهذا التعريف لما ذكر .

أما اذا كانا غائبين أو أحدهما فلا سبيل الى تعريف الغائب منهما الا باسمه ونسبه وتكون الشهادة حينئذ بمواجهة من ينوب شرعا متناوب الغائب منهما من وكيل أو وصى .

وهل يشترط أن يؤدي الشاهد شهادته بلفظ « اشهد » ؟ اختلف في ذلك فقال البعض بأنه يشترط بل جعله البعض « ركن » الشهادة (التتوير والتبيين والهداية والفتح والبدائع) وقال البعض : لا يشترط وعلى الأولى سارت المجلة (م ١٦٨٤ و ١٦٨٩) وعلى الثانى سارت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ١٧٥ ونصها : « ولا يشترط في قبولها

رجالكم » (البقر : ٢٨) وقال تعالى : « فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » (النساء : ١٥) وقال صلى الله عليه وسلم : « شهادتك أو يمينه » وقال : « البيينة على المدعى » ولأن حاجة الناس داعية الى ذلك لأن المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعذر اقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة ، والتكليف انما يكون بحسب الوسع ونظيره القياس في الأحكام بغالب الرأى في موضع الاجتهاد (أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٨٤) .

٢ - وقد رؤى جعل عنوان هذا الفصل « الشهادة » وليس « البيينة » كما فعل القانون المدنى المصرى لأن البيينة وإن كانت مرادفة للشهادة عند عامة الفقهاء الا أنها عند البعض ليست مقصورة على الشهادة وانما هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره فالمراد بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة فيدخل فيها القرائن عند القائلين بأنها من طرق القضاء . (أنظر ابن القيم ، الطرق الحكيمة ، ص ١٣ و ٢٤ وكذلك ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ١ : ٢٠٢ والسنهوري ، الوسيط ، ج ٢ البند ١٦٠ ص ٣١١ والبند ١٦٥ ص ٣١٩) .

وكانت الشهادة من أقوى الأدلة بل كانت هي الدليل الغالب في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة ، وكانت الامية متفشية ، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم ، حتى كانت الشهادة هي التى تستأثر باسم « البيينة » دلالة على أن لها المقام الاول في البيينات . فلما انتشرت الكتابة ، وتقلص ظل الامية ، بدأت الكتابة تسود ، تم اخذت المكان الاول في الاثبات ، ونزلت الشهادة الى المكان الثانى لما تنطوى عليه من عيوب ظاهرة . فالشهادة تقوم امانة الشهود ، والشهود حتى اذا هم لم يكذبوا معرضون للنسيان ، ثم أن الدقة تنقصهم . هذا الى أنه اذا أفسح المجال للاثبات بالشهادة ، وأصبح اعتماد القضاء عليه ، كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور يشهدون بالباطل . اما الكتابة فكفتها راحة ومتى كانت بعيدة عن التزوير فهي ادى اداء والثر ضبطا للوابع . ثم هي لا يرد عليها النسيان ، فهي دليل هيء مقدما ليعيط بالواقعة المراد اثباتها احاطة شاملة ، لأنها انما أعدت لهذا الغرض .

على أن هناك اتجاها في العصر الحاضر من شأنه أن يرد للشهادة اعتبارها ففي التقنيات الجرمانية وفي بعض التقنيات اللاتينية يجوز، في المسائل المدنية على غرار المسائل التجارية الاثبات بالشهادة حيث يجوز الاثبات بالكتابة ويذهب بعض كبار الفقهاء من أمثال تالير الى تجيئة هذا الاتجاه والقضاء الفرنسى ذاته ، في خلال القرن الأخير ، يساير هذه النزعة فيتوسع في قبول الشهادة عن طريق التوسع في تفسير معنى « مبدأ الثبوت بالكتابة » ومعنى « تعذر الحصول على

ثم في العدد معنى التوكيد أذ التزوير والتلبيس في الخصومات يقع بكثرة فيشترط العدد في الشهادات صيانة للحقوق من الضياع .

(السرخسي ، المبسوط ، ١٦ : ١١٢ وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٨٤ - ٢٨٥) .

٢ - وقد رؤى قطعا لكل شك أن ينص على الاكتفاء في قبول الشهادة بمطابقة شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر في المعنى وأن اختلفت الشهاداتتان في اللفاظ (انظر أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٦٤ - ٣٦٥) .

(مادة ١٧)

١ - يشترط في الشاهد أن يكون اهلا لأداء الشهادة .

٢ - ويكون اهلا لأداء الشهادة من كان بالغاً خمس عشرة سنة ، عاقلا ، حافظا ، عدلا .

المذكرة الإيضاحية :

٣ - ويجوز أن تسمع أقوال من لم تبلغ سنة خمس عشرة سنة بغير يمين وعلى سبيل الاستدلال .

(م ١٧٠٥ من المجلة و ١٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٥٩ بينات سوري و ٥٠ سوداني و ٦٤ أثبات مصري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - تتناول هذه المادة شروط الشاهد وهي البلوغ والعقل والحفظ ، والمقصود بالحفظ قوة الذاكرة وغالب حالة التذكر وقلة النسيان ، والعدالة .

٢ - وقد اختلفت العبارات في تعريف العدالة ف قيل : « العدل هو من تغلب حسناته سيئاته » (م ١٧٠٥ من المجلة) وقيل هو من لم يشتهر بالكذب مع الاسلام فان تعذر فمن لا يعرف بالكذب قيل ويجبر بزيادة العدد (فتاوى عيش ، ٢ : ٣١١) وقيل أن العدالة هي استواء أحوال الشخص في دينه واعتدال أقواله وأفعاله ويعتبر لها شيئان : الصلاح في الدين واستعمال المروءة بفعل ما يجمله وترك ما يندسه ويشينه عادة (منتهى الارادات ، ٢ : ٦٥٧) .

نفظ « أشهد » وقد رؤى في القانون الأخذ بالأخير استنادا الى ما قاله ابن القيم في الطرق الحكيمة (ص - ٢٠٤) : « قال شيخنا : فاشتراط لفظ الشهادة لا اصل له في كتاب الله وسنة رسوله ولا قول أحد من الصحابة ولا يتوقف اطلاق لفظ الشهادة لغة على ذلك » (وانظر أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ٣٠٩ - ٣١٤) .

واشتراط الشهادة في مجلس القاضي وفي مواجهة الخصمين تفترض سبق الدعوى من صاحب الحق المتعلق بها المشهود به وموافقة الشهادة للدعوى (انظر أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ص ٣٤٧ و ٣٥٥ - ٣٥٦) وقد نص في المادة ١٦٦٦ من المجلة أنه : « يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس » .

(مادة ١٦)

نصاب الشهادة في حقوق العباد المالية رجلان أو رجل وامرأتان .

ويكفي في قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر في المعنى وأن اختلفت اللفاظ .

وتقبل شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال عادة .

(م ١٦٨٥ و ١٧١٢ - ١٧١٥ من المجلة م ١٧٥ من لائحة ترتيب

المذكرة الإيضاحية :

١ - تبين هذه المادة نصاب الشهادة في حقوق العباد من الأموال والسند في هذا التحديد قوله تعالى : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » (الطلاق : ٢) . وقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل أحدهما فتذكر أحدهما الأخرى » (البقرة : ٢٨٢) . وقال صلى الله عليه وسلم : « شاهدك أو يمينه » .

والقياس أن يكفي بشهادة الواحد لأن رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد العدل موجبا للعمل في رواية الحديث . وكما لا يثبت القطع بخبر الواحد كذلك لا يثبت بخبر الاثنين ولا بخبر الأربعة بل يثبت بالعدد البالغ حد التواتر ، واذن لا معنى لاشتراط رجلين أو رجل وامرأتين لعدم الفائدة لكن ترك ذلك بالنصوص المبينة للعدد من الكتاب والسنة وحاشا أن يكون التقدير في النصوص خاليا من الفائدة فان فيه معنى طمأنينة القلب وذلك عند اخبار العدد أظهر منه في خبر الواحد

الشاهد وعدالته لأن المعادة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكرا شرعا ونهاه فلم ينته . وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف . قالوا : ومن ذلك ألا يكون الشاهد خصما فلا تصح شهادة الوصي لليتيم ، والوكيل للموكل ، لأن كل واحد منهما يكون مدعيا وشاهدا . ويلحق بهذا شهادة المولى لعبده لأنها في المعنى شهادة لنفسه . وجعلوا من هذا أيضا شهادة الانسان على فعل نفسه ، فلو قال الوكيل بالبيع أو الدلال كنا بعنا هذا المال الذي يدعى المشتري أنه ملكه بسبب الشراء لا تقبل شهادتهما أما لو شهدا بأن العين ملك المدعى ولم يصرحا بقولهما كنا بعنا قبلت الشهادة .

(انظر الدر وتكملة رد المحتار والهداية وشروحها وتبيين الحقائق والمجلة وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ص ٣٣٠ ، ٣٣١) .

وروى عن أبي يوسف : العدل هو من لا يأتي بكبيرة ولا يصير على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروته ظاهرة (أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٢٤) .

٣ - أما من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة فقد أجزى سماع اقواله على سبيل الاستدلال بلا يمين . ومفاد ذلك أنه لا يكون اهلا للشهادة من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة ولكن للقاضي أن يسترشد بها إذا كان صاحبها مميذا يدرك ما يقول ووثق به لتعزيز شهادة شاهد بالغ أو أى دليل قانوني آخر .

(مادة ٢٨)

١ - يشترط لقبول الشهادة ألا يكون الشاهد متهما فيها بأن كانت تجر له مضما أو تدفع عنه مغرما .

٢ - فلا تقبل شهادة الشخص لفرعه أو أصله أو زوجه أو أخيه .

٣ - وإذا كان بين الشاهد وأحد الخصمين علاقة صداقة أو عداوة ونحوهما فللمحكمة أن تقبل الشهادة أو ترددها وفقا لما تراه .

(انظر من المجلة المسودة من ١٧٠٠ الى ١٧٠٣ ومن القوانين المدنية العراقية المواد من ٤٩٦ الى ٤٩٨ وابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٦٠ - ٩٦ ، أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٣ - ٣٣٥) .

المذكرة الايضاحية :

يشترط انتفاء التهمة عن الشاهد لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب في الشهادة فيشترط ألا يكون فيها جر مغرم للشاهد أو دفع مغرم عنه ، لأن الأصل في بناء الأحكام القضائية على الشهادة التي لا تنفذ لا ظاهرا إنما هو دفع حاجة الناس واضطراهم في اثبات حقوقهم اليها فوجب أن يراعى في خبر الشهود وفي أحوالهم ما يرجح صدقهم فيما يشهدون به بالقدر المستطاع .

وعلى ذلك قال أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله : لا تقبل شهادة الأصل لفرعه ولا الفرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتها ولا الأجير الخاص لمستأجرة ولا الصديق لصديقه إذا وصلت صداقتهما الى درجة أن يتصرف أحدهما في مال الآخر بلا ممانعة . فإذا لم تصل الصداقة الى هذا الحد قبلت الشهادة . قالوا : وذلك لتمكن التهمة فيغلب على الظن كذب الشاهد . ويشترط أيضا ألا يكون بين الشاهد والمشهد عليه عداوة دنيوية لأن العداوة لأجل الدنيا حرام ، فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه . أما إذا كانت العداوة دينية فالأصل لا تمنع لأنها تدل على كمال دين

وفي التبصرة وابن جزى ما حاصله : من موانع قبول الشهادة تهمة الشاهد فيما يشهد به ولو كان في ذاته عدلا ومن ذلك أن يكون في الشهادة جر مغرم له أو دفع مغرم عنه كان يشهد الوصي بدين الميت ، والمنفق عليه بمال للمنفق على غيره وكشهادة المدين المعسر لرب الدين وكان يشهد من له دين على مفلس أن للمفلس ديناً على غيره ، ليصل بذلك الى دينه ، أو يكون في الشاهد ميل لطبعه للمشهد له فلا تقبل شهادة الولد لوالديه ولالأجداد وجداته ولأشهاد واحد منهم له ولا شهادة الزوج لامراته ولا شهادتها له ولا شهادة وصي لمجوره . واختلف في شهادة الأخ لأخيه وقيل تقبل إذا كان عدلا مبرزا ، وقيل إذا لم يكن تحت صلته واختلف في شهادة الصهر لصهره والصديق لصديقه وفي شهادة الرجل لابن امراته ، وفي شهادة المرأة لابن زوجها وفي شهادة الوالد لأحد ولديه على الآخر ، وفي شهادة الولد لأحد ولديه على صاحبه أو يكون في الشاهد ميل على المشهد عليه فلا تقبل شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة في أمر دنيوي من مال أو جاه أو منصب أو خصام أو مافى معنى ذلك بخلاف الدينية إلا أن يؤدي الى افراط الأذى من الفاسق المعادى لفسقه لمن غضب عليه وهجره لله تعالى لأن ذلك ربما أورت الشحنة ، وكذا لا تقبل شهادة الخصم على خصمه . وكل من لا تقبل شهادته عليه تقبل له كالخصم بالنسبة الى خصمه وكل من لا تقبل شهادته له تقبل عليه كالأب بالنسبة الى ابنه . (انظر التبصرة ، ١ : ٢٢٣ وما بعدها) .

وفي المذهب : ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ، ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا . وقال المزني وأبو ثور تقبل ووجه قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » فعم ولم يخص ولأنهم كغيرهم في العدالة فكانوا كغيرهم في الشهادة وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة (الظنين المتهم والاحنة الحقد) وهذا متهم لأنه يعمل اليه ميل الطبع (والطبع هو السجية بما

(انظر احمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٣٠ - ٣٣٥) .

وقد روى الاكتفاء بما ورد في هذه المادة اقتباسا من جملة هذه النصوص .

(مادة ٢٩)

لا تقبل الشهادة التي يكذبها الحس أو التي تخالف المتواتر

(م ١٦٩٧ و ١٦٩٨ من المجلة)

المذكرة الإيضاحية :

يشترط لقبول الشهادة ألا يكذبها الحس . فإن كذبها الحس فلا تقبل ولا يجوز أن يبنى عليها قضاء . وذلك لأن الحس يفيد علما قطعيًا وشهادة تفيد خبرا ظاهريا والظني لا يعارض القطعي . وذلك كالبينة التي تقام على موت شخص وحياته مشاهدة أو على خراب دار وهي قائمة يشهد العيان بعمارته وكذا الشهادة التي تخالف المتواتر لأن المتواتر يفيد علم اليقين وشهادة ظنية يدخلها الشك .

(انظر احمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٩ - ٣٢ و ٣١٧ والفتاوى الهدية وتبصرة الحكام ، ١ : ٢٠٤ - ٢٠٥) .

(مادة ٤٠)

يجوز اثبات الدعوى بالشهادة ما لم يوجد نص بغير ذلك .

(م ١٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٤٩ اثبات سوداني وم ٤٠٠ مدني مصري و ٦٠ اثبات مصري و ٥٢ بينات سوري و ٤٨٦ مدني عراقي) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - قررت هذه المادة مبدأ قبول الشهادة في الدعوى .

٢ - وقد روي أن يضاف إلى النص « ما لم يوجد نص بغير ذلك » ذلك أن هناك قيودا ترد على الإثبات بالشهادة - (انظر فيما بعد المادة التالية (٤٢) - التي لاتجيز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية المدنية إذا رادت قيمة التصرف على قدر معين من المال وعشرين جنيها) .

(مادة ٤١)

١ - في غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرين جنيها ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تسمع عند الإنكار

جبل عليه الانسان من أصل الخلقة) ، ولأن الولد بضعة من الوالد والآية نخصها بما ذكرناه وتقبل شهادة أحدهما على الآخر في جميع الحقوق . قال : ومن أصحابنا من قال : لا تقبل شهادة الولد على الوالد في إيجاب القصاص وحد القذف لأنه لا يلزمه القصاص بقتله ولاحد القذف بقتله فلم يلزمه ذلك بقوله . والمذهب الأول لأنه إنما ردت شهادته له للتهمة ولا تهمة في شهادته عليه . ومن عدا الوالدين والأولاد من الأقارب كالأخ والعمة وغيرهم تقبل شهادة بعضهم لبعض لأنه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر في العتق ولأماله كماله في النفقة وكذا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر لأن النكاح سبب لاعتقابه أحدهما على الآخر بالملك فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر كقرابة ابن العمة . ولا تقبل شهادة الزوج على زوجته في الزنا لأن شهادته دعوى خيانة في حقه فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالخيانة في الوديعة . ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل ، كما لو شهد عليها أنها جنت عليه .

وقال ابن القيم في اعلام الموقعين (١ ، ٩٥ - ٩٦) ما ملخصه : شهادة القريب لقريبه لا تقبل مع التهمة وتقبل بدونها - هذا هو الصحيح . وقد اختلف الفقهاء في ذلك : فمنهم من جوز شهادة القريب لقريبه مطلقا كالأجنبي ولم يجعل القرابة مانعة من الشهادة بحال كما يقول أبو محمد بن حزم وغيره من أهل الظاهر ، وهؤلاء يحتجون بالعمومات التي لا تفرق بين أجنبي وقريب . ومنهم طائفة منعت شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول خاصة وجوزت شهادة سائر الأقارب بعضهم لبعض ، وهذا مذهب الشافعي وأحمد قال : وليس مع هؤلاء نص صحيح بالمنع ثم ساق أدلة الشافعي وأفية وقد تقدم بعضها ثم رد عليها . وقبل ذلك أورد أدلة المجوزين وهي الاستدلال بالنصوص العامة كما صنع المزني وأبو ثور فيما تقدم ثم نقل عن عمر بن الخطاب وشريح وعمر بن عبد العزيز وغيرهم من السلف الصالح وتابعيهم قبول شهادة الأصل للفروع والفروع للأصل والقريب لقريبه واحد الزوجين للآخر . وقال فيما قاله نقلا عن الزهري : لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا الأخ لإخيه ولا الزوج لامرأته . ثم ظهر بعد ذلك من الناس أمور حملت الولاة على اتهامهم فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة وصار ذلك من الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة - لم يتهم الا هؤلاء في آخر الزمان . والصحيح أنه تقبل شهادة الابن لأبيه والأب لابنه فيما لا شبهة فيه ، وهذا أحد اقوال ثلاثة للإمام أحمد .

وقال المرحوم الشيخ احمد ابراهيم في طرق القضاء ، ص ٣٣٥ : 'قول : وعلى هذا فتقدير الشهادة وتعريف وجه التهمة فيها موكول إلى القاضي فيرد ما يرى فيه تهمة ويقبل ما يراه بريئا منها وهذا من الضعوبة بمكان . والأول أصح وأسلم . والله أعلم . '

(ج) التصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرين جنيها وذلك لقلّة قيمتها ولجريان العادة عند اثباتها بالكتابة .

(نظر السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ١٨١ ص ٣٤٠ وما بعدها) .

٢ - وتختلف حجية الشهادة جوهريا عن حجية الكتابة . فيمنعنا عن ذلك الدليل الكتابي ، حجة بناته ، فيفرض سلطانه على القضاء مالم يطمئن فيه بالتزوير أو ينقض باثبات العكس ، تترك الشهادة على نقض ذلك لتقدير القاضي ، بيد أن سلطة القاضي في التقدير لا تتناول الا تعلق الشهادة بالوقائع ، دون جواز قبول الاثبات بمقتضاها ، لأن تعيين حدود هذا الجواز من شأن القانون وحده .

٣ - الاتفاق على مخالفة قواعد الاثبات بالشهادة :

من الاحمية بمكان تعيين ما اذا كانت القواعد الخاصة بطرق الاثبات وعيسته تتعلق بالنظام العام أم انها مسألة خاصة . فاذا قيل بالأول ترتب على ذلك بطلان كل اتفاق مخالف ولوقيل بالثاني صح اتفاق المتعاقدين على الخروج عليها .

وقد ذهب البعض الى الحاق هذه القواعد بالنظام العام لتعلقها بالنظام القضائي ولأنها شرعت للوصول الى أمثل طريق لحسم المنازعات . ومؤدى هذا الرأي أن قواعد الاثبات لا يجوز استبعادها أو تعديلها بمقتضى اتفاق خاص .

وذهب رأى آخر الى أن قواعد الاثبات لا تكفل الا حماية مصالح خاصة ويجوز في منطق هذا الرأي للمتعاقدين أن يعدلوا فيها باتفاقهم .

وتعرض الاتفاقات الخاصة بتعديل الوقائع التي يجرى اثباتها وتعديل عبء الاثبات ، بوجه خاص ، في عقود التأمين وعقود الاذعان اما طرق الاثبات فالخلاف بشأنها يعرض بصدد الشهادة والقرائن . وقد قضت محكمة النقض المصرية بجواز هذا الاتفاق . وقد رؤى التمشي مع هذا القضاء ومقتضاه وجوب التمسك بعدم سماع الشهادة في هذه الحالة لأن في اغفال ذلك تنازلا عن التمسك به .

٤ - وتعرض الفقرة الثانية لتقدير قيسة الالتزام عند الاثبات وقضت بأن مناطه هو قيسة التصرف عند انعقاده فجلست بذلك أصل الدين دون الملحقات مناطا للتقدير ويلاحظ أن هذه الفترة تتماشى مع تقنين المرافعات المصرية الخاصة بتقدير قيم الدعوى لتعيين الخصامس التوحي .

الشهادة ، في اثبات وجوده أو انقضائه ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز سماع الشهادة اذا كانت زيادة الالتزام على عشرين جنيها لم تات الا من ضم الملحقات الى الأصل .

٣ - واذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز سماع الشهادة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرين جنيها ، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وتكون العبرة في الوفاء اذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الأصلي .

(م ٦٠ اثبات مصري و ٤٠٠ مدني مصري و ٥٢ - ٥٤ بينات سورى

و ٤٨٦ - ٤٨٨ مدني عراقي .

وفي قانون الاثبات السوداني نص في المادة ١٣ - ٤ أنه ويجوز في جميع الاحوال اثبات انتضاء الالتزام بأى طريق من طرق الاثبات) .

المذكرة الايضاحية :

١ - تعرض هذه المادة لتقييد الاثبات بالشهادة عن طريق سماع الشهادة فتقضى بأنه لا تسمع الشهادة في التصرفات القانونية المدنية التي تتجاوز قيمتها عشرين جنيها . وبذلك يخرج عن نطاق هذا الحظر:

(أ) الوقائع القانونية المادية - ذلك أن الكثرة الغالبة منها لا يتيسر اثباتها بالكتابة ولأن الخطير من هذه الوقائع كالميلاد والوفاة يوجب القانون تسجيلها بالكتابة على نحو خاص ولأن هذه الوقائع تحدث ويرأها الناس فلا تختلف أفهامهم كثيرا في روايتها كما وقعت اذ أنها ليست من الدقة والتعقيد بحيث يصعب على الشهود استيعاب تفاصيلها .

(ب) التصرفات القانونية التجارية - ذلك لما يقتضيه التعامل التجاري من السرعة . وما يستلزمه من البساطة وما يستغرقه من وقت قصير في تنفيذها بخلاف المعاملات المدنية فتستغرق وقتا طويلا في التنفيذ فكانت الحاجة الى الكتابة . ويلاحظ أن من المسائل التجارية ما لا يستقيم الا بالكتابة مثل الأوراق التجارية والمسائل التجارية التي تستغرق وقتا طويلا وتنطوي على أهمية خاصة كما هو الأمر في عقود الشركات التجارية (م ٤٠ - ٤٦ تجارى) وفي عقود بيع السفن (م ٣ بحرى) وفي ايجارها (م ٩٠ بحرى) وفي التأمين عليها أو على البضائع (م ١٧٤ بحرى) وفي القروض البحرية (م ١٥٠ بحرى) .

ذلك الادعاء باضافة وصف من الأوصاف المعدلة لحكم الالتزام ، كشرط أو أجل ، أو بالتجديد (بالاستبدال) • ولا يجوز كذلك نقض الثابت بالكتابة من طريق الشهادة فلا يجوز الادعاء مثلا بعدم مطابقة شرط من شروط المحرز للحقيقة واقامة الدليل على ذلك بالشهادة كما لو أريد اثبات أن حقيقة المبلغ المقترض ليست مائة جنيه على ما هو ثابت بالكتابة بل أكثر •

أه الحالات الأخريان اللتان تكفل النص ببيانها فأولاهما حالة ما اذا اجتزا المدعى من دعواه بالمطالبة بعشرين جنيها فإنه لا يجوز الاثبات بالبينة لأن مناهج التقدير في الاثبات هو قيمة الالتزام بأكمله وقت نشوئه • والثانية حالة ما اذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيها ، ثم عدل طلبه الى مالا يزيد على هذه القيمة فلا تسمع الشهادة لأن تقدير الطلب يناط بقيمة الالتزام بأسره دون تجزئته أو تبعض أي ولو كانت البقية من الدين أقل من عشرين جنيها متى كان أصل الدين بأسره يجاوز هذا القدر •

(مادة ٤٣)

- ١ - تسمع الشهادة فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدا ثبوت بالكتابة •
- ٢ - وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدا ثبوت بالكتابة •
- (م) اثبات مصرى وم ٤٠٢ مدنى مصرى وم ٤٩٠ مدنى عراقى و ٥٦ بينات سورى • وانظر نقده فى السنيهورى ، الوسيط ، ج ٢ الهامش ٣ ص ٤١٤ - ٤١٥)

المذكرة الايضاحية :

١ - هذا استثناء بالغ الأهمية من القاعدة ذلك أنه يجعل الاثبات بالشهادة جائزا اذا جاوزت القيمة مبلغ عشرين جنيها ووجد مبدا ثبوت بالكتابة • وبذلك يكمل ما اعتور الدليل المستخلص من هذا المبدأ من نقص وقصور •

وينهض لتوجيه هذا الحكم ما هو ملحوظ من أن مبدا الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال • ويعتبر هذا الوجه ضمنا كافيا للحد من الأخطار التى تكتنف الاثبات بالشهادة • ثم ان الشهادة لا تكون فى هذه الحالة الا دليلا مكملا أو متما •

أما فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذا النص فليس من شك فى أنه لايسرى حيث تكون الكتابة شرطا من شروط صحة الالتزام يترتب البطلان على تخلفه ، ولو كانت القيمة أقل من عشرين جنيها • كما هو شأنه فى المحررات الرسمية • ذلك أن الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون فى هذه الحالة مجرد دليل فحسب بل تعتبر ركنا

٥ - أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فتعرض لتقدير قيمة الالتزام عند تعدد الطلبات فقضت بأنه اذا كان النزاع متعلقا بالتزامات من طبيعة واحدة تمت فى أوقات مختلفة لا فى وقت واحد فكل التزام من هذه الالتزامات يجوز اثباته بالشهادة متى كانت قيمته لا تجاوز عشرين جنيها •

وقد أخذ القانون بذات المبدأ الذى سار عليه قانون الاثبات المصرى الحالى من أن العبرة فى اثبات الوفاء بالشهادة هى بقيمة الالتزام الأصلى ولو كان الوفاء جزئيا وذلك دفعا لما وجه من نقد لحكم تفريق اثبات وفاء الدين دفعات متعددة كل واحدة لا تجاوز العشرين جنيها لأن فى ذلك تحللا من شرط الاثبات بالكتابة وتحايلا لا يجوز اقراره •

(مادة ٤٢)

لا تسمع الشهادة ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها :

- (أ) ، فما يخالف أو يحاذ ما اشتمل عليه ذلك كتاب •
- (ب) اذا كان المطلوب هو الباقي أو جزءا من حق لا يجوز اثباته الا بالكتابة •
- (ج) اذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيها ثم عدل عن طلبه الى مالا يزيد على هذه القيمة •
- (م) ٦١ اثبات مصرى و ٤٠١ مدنى مصرى و ١٣ - ١ اثبات سودانى تقابل البند هـ من هذه المادة ٤٨٩ مدنى عراقى و ٥٥ بينات سورى •

المذكرة الايضاحية :

١ - تناولت هذه المادة بيان أحوال علم سماع الشهادة • وليس الحظر فى أولى هذه الأحوال الا تطبيقا للمأثور من «صدارة الكتابة على الشهادة» ووسيلة لكفالة احترام الدليل الكتابى •

ويراعى أن حكم هذا الحظر يسرى ، فى هذه الحالة ، ولو لم تزد قيمة الالتزام على عشرين جنيها ، فإذا كان المتعاقدون قد لجأوا الى الدليل الكتابى ، امتنع قبول الاثبات بالشهادة ، ولو لم يكونوا ملزمين قانونا بالالتجاء الى هذا الدليل • ذلك أن القانون يعتبر أن الكتابة بمجرد ما هى الدليل الكامل •

ويقصد بالدليل الكتابى المحررات الرسمية والعرفية والرسائل • فهذه المحررات وحدها هى التى لا يقبل الاثبات بالشهادة لنقض الثابت فيها أو بالاضافة اليها • وقد يكون قوام الاضافة الادعاء بصور تعديلات شفوية قبل انعقاد الالتزام أو بعده أو فى وقت معاصر له • ومهما يكن من أمر هذه الاضافة ، فلا تسمع فيها الشهادة ، أيا كانت صورتها فمن

أو شرطاً من شروط الصحة الموضوعية * على أن الخلاف قد أثر في الفقه بصدد الالتزامات التي يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص على البطلان ولا سيما بالنسبة للإيجار ، والرأي أن الالتزام يترتب صحيحاً في هذه الحالة ، ولكن لا يمكن اثباته إلا بالاقرار أو اليمين ، لأن الشهادة قد استبعدت صراحة بالنص ، فليس يجوز العود إليها من طريق غير مباشر بالالتجاء إلى مبدأ الثبوت بالكتابة .

٢ - ويشترط لتوافر مقومات مبدأ الثبوت بالكتابة :

(أ) أن يكون ثمة محرر .

(ب) وأن يكون هذا المحرر صادراً ممن يحتج به عليه .

(ج) وأن يكون من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال .

فالشرط الأول وهو وجود كتابة أو محرر عام الدلالة ، فلفظ الكتابة يصرف إلى أوسع معانيه ، فهو يشمل كل ما يحور دون اشتراط شكل

ما أو وجود توقيع * ولذلك استعمل النص عبارة « كل كتابة » وقد تكون هذه الكتابة سنداً أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيعاً أو غير ذلك .

والشرط الثاني هو صدور المحرر من الخصم الذي يحتج عليه به لا من أحد الأغيار . بيد أن المحرر يعتبر صادراً من مثل هذا الخصم ولو كان صادراً من غيره متى كان هذا الغير مستخلفاً تسرى التزاماته على من يخلفونه خلافة عامة (كالورثة) وفقاً للقواعد العامة ، أو نائباً قانونياً أو اتفاقياً ، يعمل في حدود نيابته لأن كتابة الموكل تكون حجة على الوكيل والعكس . ولذلك استعمل النص عبارة الخصم أو نائبه وفقاً لما جرى عليه القضاء المصري .

أما الشرط الثالث وهو جعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال ، فتقديره موكل إلى القاضي . ويراعى أن هذا الشرط جوهري إذ ينبغى أن يكون حلقة الاتصال بين الكتابة والالتزام المدعى به ، وينبغي أن يدل على أن هذا الالتزام ليس مجرداً من الأساس تجريداً تاماً .

فهذا الوضع فحسب يجوز أن تكمل الكتابة بالبيئة فتصبح دليلاً مقبولاً ، مع أنها بمجرد كونها قاصرة غير مغنية في الإثبات . ومن أمثلة الأوراق التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات المثبتة لهذه التنفيذ ، أو للوفاء بالإيرادات .

٣ - على أن الفقه والقضاء في مصر قد استقروا على أن اقرارات الخصوم التي يدلون بها وتدون تحت إشراف موظف مختص ، أو قاض يأمر بإثباتها ، يكون حكمها حكم المحررات الصادرة منهم ، ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقعة عليها منهم . ويتعين بداهة في هذه الحالة أن يكون الموظف العام مختصاً بتلقي مثل هذه الاقرارات ، وأن يكون للقاضي ولاية الأمر بإثباتها . وغني عن البيان أن ما يصدر من الخصوم من اقرارات على هذا الوجه يكون بمنزلة - مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان

من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال * وقد حفلت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات في هذا الصدد ، فمن ذلك مثلاً الاقرارات التي يدلى بها في محضر جرد أو حصر تركة أو مناقصة أو قسمة والبيانات التي تدون في ورقة من أوراق المحضرين والقرارات التي تصدر في استجواب عن وقائع والقرارات أو الشهادة التي يدلى بها ذور الشأن أمام قاضي التحقيق أو القاضي المدني أو الجنائي وما يثبت من أقوال أو اقرارات في حكم من الأحكام .

وقد أشارت المادة ٤٤٥ - ٣ من التقنين المراكشي إلى هذه التطبيقات في معرض إيراد الأحكام الخاصة بمبدأ الثبوت بالكتابة ، فنصت على أن الاقرارات التي يتلقاها أحد الموظفين العموميين المختصين أو القضاة في حدود ولايته ، تعتبر صادرة من الخصم .

(انظر السنهاوزي ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ٢٠٥ ص ٤١٢ وما بعدها) .

(مادة ٤٤)

يجوز سماع الشهادة فيما كان يجب اثباته بالكتابة :

(أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه .

(م ٦٣ اثبات مصري م ٤٠٣ مدني مصري وم ١٣ (٣) اثبات سوداني وم ٤٩١ مدني عراقي وقد اقتصر فيها في الفقرة الأولى على المانع المادي وأضيف : « ويعتبر مانعاً مادياً لا يوجد من يستطيع كتابة السند » وبدلاً من المانع الأدبي الوارد في الفقرة « أ » نص في الفقرة « ب » : « إذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الرابعة أو بين الزوجين وأبوي الزوج الآخر » فحصر الموانع الأدبية في الزوجية والقربة والفقرة « ج » منها تطابق الفقرة « ب » من هذه المادة (٥٧) بينات سورى ونصها : « يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة »

(٢) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

ويعتبر مانعاً مادياً أن لا يوجد من يستطيع كتابة السند أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد . وتعتبر مانعاً أدبياً القربة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر .

(ب) إذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه .

(ج) إذا طعن في العقد بأنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب .

الذاكرة الايضاحية :

- تبين هذه المادة استثناءين يجوز فيهما الاثبات بالشهادة فيما يجاوز عشرين جنبها كما يجوز نقض الثابت بالكتابة والاضافة اليه .
والشهادة هنا لا تكمل الدليل الكتابي بل تحل محله بعد أن فقد أو استحالة تحصيله .

والواقع أن وجوب الاثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابي ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك ، تحتم الاستثناء ، اذ لا قبل لأحد بالمستحيل .

ويراعى من ناحية أخرى أن هذا النص يرمي إلى استبدال الشهادة بالدليل الكتابي ، فهو والحال هذه لا يطبق حيث تكون الكتابة شرطاً يترتب على تخلفه بطلان التصرف ، بل يطبق في الأحوال الخاصة التي يتطلب فيها القانون الدليل الكتابي للاثبات ، ولو كانت القيمة أقل من عشرين جنبها .

١ - الاستثناء الأول :

وحالة الاستثناء الأولى هي حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي لاثبات التصرف القانوني ويلاحظ فيما يتعلق بالعبارة التي أفرغ فيها الاستثناء أنها عامة وغير مقصورة على الدائن .

فهذا الاستثناء يسرى على جميع الالتزامات التي يتعين اثباتها أمام القضاء بالكتابة إذا كان قد امتنع على الدائن أو المدين الذي يقع عليه عبء الاثبات أن يحصل على دليل كتابي . ولذلك أفرغ المشروع هذا الحكم في عبارة عامة .

أما فيما يتعلق بخصائص الاستحالة فيردى أن الاستثناء يرد على قاعدة حظر سماع الاثبات بالشهادة ، وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية ، دون الرقائع القانونية . ويستخلص من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق إلا على التصرفات القانونية وهي التي تنفرد بوجوب استعمال الكتابة في اثباتها . ويتفرع على هذا ما يأتي :

(أ) أن استحالة الحصول على دليل كتابي في هذه الحالة ليست مطلقة بل هي نسبية عارضة .

(ب) أن الاستحالة لا ترجع إلى طبيعة الواقع بل ترجع إلى الظروف الخاصة التي انعقد فيها التصرف .

(ج) أن الاستثناء لا يتعلق بالوقائع القانونية التي يمتنع فيها على وجه الإطلاق الحصول على دليل كتابي .

أما فيما يتعلق بطبيعة الاستحالة فقد صرح النص بأنها إما أن تكون مادية وإما أن تكون معنوية . وتفترض الاستحالة المادية أن التصرف القانوني نشأ في ظروف لم يكن لدى الشان فيها نسخة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي ، ومن قبيل ذلك ما ينشأ من

التصرفات عند الكوارث أو الحوادث المفاجئة أو الفكبات أو الحرائق أو حوادث الغرق .

وإذا كان القاضي هو المرجع في تقدير الظروف المانعة الآن من واجبه أن يبين هذه الظروف عند تسببه الاستحالة المادية ، أما الاستحالة المعنوية التي تحول دون الحصول على كتابة فلا ترجع إلى ظروف مادية ، بل ترجع إلى ظروف نفسية تنصل بعلاقات الخصوم وقت انعقاد التصرف . ومرجع الأمر في تقدير هذه الاستحالة مع ما ينطوي في هذا التقدير - من دقة هو القاضي ولكن يتعين عليه أن يسبب تقديره .

وتختلف التطبيقات القضائية في هذا الشأن باختلاف ما يتواضع عليه الناس من الناحيتين الخلقية والاجتماعية في البلاد ، ولذلك كانت صلة الاستحالة المعنوية بالنسب الجارية والعرف والتقاليد جد وثيقة . فعرف البلد هو المعيار الذي يعتد به القاضي في تقديره ، متى كان هذا العرف مستقراً مقطوعاً بوجوده . وبديهي أنه ليس يسوغ الاجتزاء

في هذا الصدد بأوامر الصداقة أو مقتضيات اللياقة بمجرد ما . ومن بين ما يمكن أن يساق من أمثلة الاستحالة المعنوية صلة القرابة الوثيقة ، ومركز الطبيب إذ يمتنع عليه أدبياً أن يطالب بدليل كتابي ومركز العميل الشخصي وفقاً لعرف البلد وصلة العميل بالحائك وفقاً للعرف الجاري وطبيعة التعاقد في المطاعم والأسواق وإجارة الخدم .

٢ - الاستثناء الثاني :

يفترض الاستثناء الثاني أن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابي قد روعيت ، بيد أن الاثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدليل . ولكن يشترط في هذه الحالة أن يكون هذا الفقد راجعاً إلى سبب لا يد للمدعى فيه ومؤدى هذا أن يكون الفقد قد نشأ من جراء حادث جبري أو قوة قاهرة . وترد على هذا الشرط إلى الرغبة في استبعاد صور الفقد بسبب يتصل بفعل مدعى الدليل (كإعدام الورقة مثلاً) لقطع السبيل على التواطؤ مع الشهود ، وبذلك لا يكون للمدعى أن يتمسك بأي سبب يرجع إلى فعله ، ولو كان هذا الفعل مجرد إهمال أو تراخ .

وغنى عن البيان أن إطلاق تطبيق هذا الاستثناء أرحب من نطاق سابقه ، لأن الدليل الكتابي سبق أن وجد وليست المسألة امتناع تحصيل هذا الدليل بل امتناع تقديمه . ولذلك تجوز إقامة الدليل بالشهادة على وجود سند وصية أو عقد شكلي فقد من جراء حادث جبري أو قوة قاهرة .

أما فيما يتعلق بالدليل على الفقد فيقع عبء إقامته على المدعى بهدئاً ، فمن واجبه فضلاً عن إثبات الحادث الجبري أو القوة القاهرة أن يقيم الدليل على سبق وجود الحرر ومضمونة وعلى مراعاة شروط الصحة التي يتطلب القانون توافرها فيه ، أن كان هذا الحرر من قبيل الحررات الشكلية . فإذا تم ذلك للمدعى كان له أن يثبت ما يدعى بالشهادة .

(مادة ٤٨)

على الخصم الذى يطلب الاثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التى يريد اثباتها كتابة أو شفاهاً فى الجلسة وعدد شهوده وأسماءهم .

(م ٦٨ اثبات مصرى و ٦٨ بينات سورى وأضافت : « وأن يسمى شهوده على أن لا يتجاوز عددهم الخمسة فى الواقعة الواحدة الا اذا أجازت له المحكمة ذلك » .

المذكرة الايضاحية :

أريد بهذا النص أن يبين طالب الاثبات بالشهود وقائع الدعوى التى يريد اثباتها وذلك لتتضح الوقائع غير المتنازع فيها ، والوقائع التى لا يجوز اثباتها بالبينة والوقائع التى قد تكفى ظروف الدعوى الأخرى فى اثباتها دون حاجة لإجراء تحقيق ، والوقائع التى لا يشر اثباتها فى الدعوى ، والوقائع غير المتعلقة بالدعوى .

ويكون طلب الاثبات بشهادة الشهود فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة ثانى درجة وقد رؤى اقتداء بقانون البينات السورى واتساقاً مع حكم المادة التالية (٥٠) من هذا القانون وجوب أن يبين طالب الاثبات عدد شهوده وأسماءهم .

(مادة ٤٩)

إذا قال المدعى ليس لى شاهد أصلاً ثم أراد أن يأتى بشهود ، أو قال ليس لى شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لى شاهد آخر لا يقبل قوله الأخير .

(م ١٧٥٣ من المجلة) .

المذكرة الايضاحية :

قصد بهذا النص منع الدعاوى الكيدية والباطلة وحض المدعى على تحضير بينته كاملة قبل رفع الدعوى .

وليس للمدعى أن يطلب الاستشهاد بشهود بعد أن نفى أن له شهوداً ولا أن يزيد فى عددهم بعد تحديدهم وبيانهم .

(مادة ٥٠)

الأذن لأحد الخصوم باثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق .

(م ٦٩ اثبات مصرى م ٥٨ بينات سورى وم ٦ اثبات سودانى وهى عامة ونصها : «الأذن لأحد الخصوم باثبات واقعة معينة يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها » وم ١٨٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « إذا قدم أحد الخصوم بينة لاثبات واقعة كان للخصم

٣ - استثناء ثالث : « إذا كان الخصم الذى يطلب الاثبات بالشهود »

وهناك استثناء ثالث ثالث رؤى عدم النص عليه وهو حالة ما اذا طعن فى العقد بأن له سبباً غير مشروع ذلك لأنه يفترض توافر ضرب من ضروب الغش . ومن المعلوم أن الغش يجوز اثباته على وجه الدوام بالشهادة . وإزاء ذلك لا يوجد ما يدعو الى أفراد هذا الاستثناء هنا بحكم خاص .

(مادة ٤٥)

الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل الى علمهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانونى ولم تأذن السلطة المختصة فى اذاعتها ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم فى الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم .

(م ٦٥ اثبات مصرى و ٢٠٦ مرافعات قديم) .

المذكرة الايضاحية :

الحكم الوارد فى هذه المادة قصد به حماية أسرار الدولة .

(مادة ٤٦)

لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صناعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة . ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرارها اليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم .

(م ٦٦ اثبات مصرى و ٢٠٧ - ٢٠٨ مرافعات قديم)

المذكرة الايضاحية :

(مادة ٤٦)

قصد بهذا الحكم حماية أسرار المهنة .

(مادة ٤٧)

لا يجوز لأحد الزوجين أن يقضى بغير رضا الآخر ما أبلغه اليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالها الا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو اقالة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر .

(م ٦٧ اثبات مصرى و ٢٠٩ مرافعات قديم) .

المذكرة الايضاحية :

قصد بهذا الحكم حماية أسرار الزوجية ولم يرد منه الى حالة الخطبة .

القاضي من الهيمنة على الدعوى والوصول الى الحقيقة فيها غير مقيد بمسلك الخصوم .

ويقصد بعبارة « في جميع الأحوال » الواردة في الفقرة الثانية من المادة أن يكون الأمر بالاثبات من المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم على حد سواء .

(مادة ٥٢)

يجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالاثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور باثباتها والا كان باطلا ويبين كذلك في الحكم اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذي يجب أن يتم فيه .

(م ٧١ اثبات مصرى و ٧١ بينات سورى وقد اقتضت على وجوب بيان الوقائع والا كان باطلا وم ١٨٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقد اقتضت أيضا على وجوب بيان الوقائع المراد اثباتها دون ذكر للبطلان) .

المذكرة الإيضاحية :

توجب هذه المادة أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالاثبات بالشهود كل واقعة من الوقائع المطلوب اثباتها والا كان العمل باطلا وذلك لأن الاثبات بشهادة الشهود يقوم على ركنين : تعلق الوقائع المراد اثباتها بالدعوى ، وكونها منتجة فيها . ومقتضى هذا أن تكون تلك الوقائع مبينة بالدقة والضبط لينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف باثباته أو بنفيه .

ولتفادى نوم القضية بسبب إحالتها على التحقيق أوجبت هذه المادة أن يحدد الحكم الصادر به الجلسة التي يبدأ فيها والميعاد الذي يجب أن يتم فيه .

(مادة ٥٣)

يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها - عند الاقتضاء - أن تدلب أحد قضاتها لاجرائه .

(م ٧٢ اثبات مصرى وانظر من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية م ١٧٤ و ١٨٢ ، ١٨٣ و ١٨٤ و ١٨٨ و ١٩٠ ، وانظر م ٧٥ بينات سورى وم ٥٨ - ١٢ اثبات سودانى) .

(مادة ٥٤)

يستمر التحقيق الى أن يتم سماع جميع شهود الاثبات والنفى في الميعاد ويجرى سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي سمع فيها شهود الاثبات الا اذا حال دون ذلك مالم .

الآخر الحق دائما في اثبات عدم صحة تلك الواقعة بكافة طرق الاثبات . وتتبع جميع اجراءات الاثبات في حق الخصوم على السواء) .

المذكرة الإيضاحية :

يقتضى الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بالشهادة أيضا سواء نص على ذلك في الحكم الصادر بالشهادة أو لم ينص لأن ذلك يعتبر من مقتضيات حق الدفاع . ولكن ذلك يقتصر على نفي الوقائع المأمور باثباتها ولا يبيح للخصم أن يثبت غيرها من الوقائع بشهادة الشهود فإذا حكمت المحكمة في دعوى بطلب دين هو ثمن أشياء مبيعة بالأذن للمدعى باثبات ونعته البيع بالشهادة فإنه يكون للمدعى عليه أن ينفي هذه الواقعة بالشهادة ولكن لا يكون له أن يثبت براءة ذمته بالوفاء بشهادة الشهود . فإن أراد ذلك كان عليه أن يطلب من المحكمة الاذن له بذلك وأن يستصدر حكما به . وإذا أذنت المحكمة للمدعى باثبات الواقعة التي يزعم أنها أنشأت الدين المطلوب كان للمدعى نفي تلك الواقعة ولكن ليس له أن يثبت بموجب هذا الحكم انقضاء الدين بل يجب عليه إذا أراد ذلك أن يستصدر حكما بتحقيق الواقعة التي يزعم انقضاء الدين بها ، ولا يترتب البطلان إذا أغفل الحكم الصادر بالإحالة على التحقيق السماح للخصم الآخر في نفي ما يثبت خصمه ، كما أن هذا الأغفال لا يستقل حقه في إعلان شهود النفي وسماهم . وإذا أذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود ولم يمكن الخصم الآخر من نفيها بهذا الطريق كانت الاجراءات باطلة .

(مادة ٥٥)

للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالاثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الاثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة .

كما يكون لها في جميع الأحوال ، كلما أمرت بالاثبات بشهادة الشهود أن تستدعى للشهادة من ترى لزوما لسماع شهادته اظهارا للحقيقة .

(م ٧٠ اثبات مصرى وم ٤٩ اثبات سودانى و ٧٠ بينات سورى وقد اكتفت بالفقرة الأولى ، وانظر م ٦٠ - ١ اثبات سودانى) .

المذكرة الإيضاحية :

هذا النص يتيح للقاضي استدعاء من يرى سماع شهادته اظهارا للحقيقة ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم توكيدا للدور الإيجابي للقاضي ومنحه مزيدا من الفاعلية في توجيه الدعوى في إحدى مراحلها الهامة حتى يتمكن من تحرى الحقيقة واستخلاصها نقيّة مما يغلفها من مسلك الخصوم حسبما تمليه عليهم مصلحة كل منهم الخاصة في الاثبات .

وفي أضيق الفقرة الثانية في قانون الاثبات المصرى الحالى اذ لم تكن في قانون المرافعات القديم (م ١٩٠) وهي في حقيقتها توضيح أكثر منها إضافة لأن الفقرة الأولى تنسج لمعنى الفقرة الثانية والفكرة هي تمكين

ذلك منهم وجب تكليفهم بالحضور على يد محضر أو أحد رجال الضبط
بميعاد يوم واحد مقدما غير مواعيد المسافة المبينة بالمادة ٥٣ من هذه
اللائحة . فإذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور
على الوجه المعتبر قانونا يحكم عليه بغرامة قدرها مائة قرش أمري .
وإذا اقتضى الحال حضوره يكلف ثانيا بالحضور وعليه مصاريف ذلك
التكليف

وم ٧٤ بينات سورى ونصها :

١ - إذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور
على الوجه المقرر في القانون للمحكمة أن تحكم عليه حكما مبرما
بغرامة من خمس إلى عشر ليرات سورية ، وأن تقرر احضاره جبرا .
٢ - إذا أثبت الشاهد أن تخلفه كان راجعا إلى عذر مقبول جاز
للمحكمة أن تعفيه من أداء الغرامة كلها أو بعضها .

وم ٦٣ اثبات سوداني ونصها :

١ - إذا كلف الشاهد بالحضور تكليفا صحيحا ولم يحضر جاز
للمحكمة أن تأمر بضبطه واحضاره .
٢ - للمحكمة بدلا من إصدار أمر بضبط واحضار الشاهد أن تأمر
بإعادة تكليفه بالحضور ولها في هذه الحالة الحكم عليه بغرامة لا تتجاوز
عشرة جنيهات . ويثبت الحكم في محضر الجلسة ولا يكون قابلا لأي
طعن ولكن للمحكمة اقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذرا
مقبولا

(مادة ٥٩)

إذا كلف الشاهد الحضور تكليفا صحيحا ولم يحضر حكمت عليه
المحكمة أو القاضي المنتدب بغرامة مقدارها مائتا قرشا ويثبت الحكم
في المحضر ولا يكون قابلا للطعن . وفي أحوال الاستعجال الشديد
يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضي أمرا باحضار الشاهد .

وفي غير هذه الأحوال يؤمر بإعادة تكليف الشاهد الحضور إذا
كان لذلك مقتضى وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف . فإذا تخلف
حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة ويجوز للمحكمة أو القاضي إصدار
أمر آخر باحضاره .

(م ٧٨ اثبات مصرى وانظر م ١٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية وقد سبق إيراد نصها تحت المادة السابقة وم ٧٤ بينات
سورى) .

(مادة ٦٠)

يجوز للمحكمة أو القاضي المنتدب اقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر
وأبدى عذرا مقبولا .

(م ٧٩ اثبات مصرى و ١٧٣ - ٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية
و ٧٤ - ٢ بينات سورى وم ٦٣ اثبات سوداني) .

وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف
لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور في تلك الجلسة إلا إذا أعفتهم
المحكمة أو القاضي صراحة من الحضور
(م ٧٣ اثبات مصرى) .

(مادة ٥٥)

إذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المحدد للتحقيق مد الميعاد حكمت
المحكمة أو القاضي المنتدب على الفور في الطلب بقرار يثبت في محضر
الجلسة . وإذا رفض القاضي مد الميعاد جاز التظلم إلى المحكمة بناء على
طلب شفوى يثبت في محضر التحقيق وتحكم فيه المحكمة على وجه
السرعة ، ولا يجوز الطعن بأي طريق في قرار المحكمة .

ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضي المنتدب مد الميعاد لأكثر من
مرة واحدة .

(م ٧٤ اثبات مصرى) .

(مادة ٥٦)

لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على
طلب الخصوم .

(م ٧٥ اثبات مصرى) .

(مادة ٥٧)

إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه بالحضور في الجلسة
المحددة قررت المحكمة أو القاضي المنتدب الزامه باحضاره أو بتكليفه
الحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد للتحقيق لم ينتقض فإذا لم
يفعل سقط الحق في الاستشهاد به .

ولا يخل هذا بأي جزاء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير .

(م ٧٦ اثبات مصرى) .

(مادة ٥٨)

إذا رفض الشهود الحضور اجابة لدعوة الخصم أو المحكمة وجب على
الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال تكليفهم بالحضور لأداء الشهادة
قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد
المسافة .

ويجوز في أحوال الاستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد
الحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو القاضي المنتدب .

(م ٧٧ اثبات مصرى وانظر م ١٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية ونصها : « إذا امتنع الشهود عن الحضور بمجرد طلب الخصم

(مادة ٦٥)

يؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم .

(م ٨٤ اثبات مصرى وصدر م ١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وصدر م ٧٧ بينات سورى و ٥٨ - ١ اثبات سودانى) .

(مادة ٦٦)

على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم ويبين كذلك إن كان يعمل عند أحدهم .

(م ٨٥ اثبات مصرى وم ١٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٧٧ - ١ بينات سورى و ٥٦ اثبات سودانى) .

(مادة ٦٧)

يحلف الشاهد بأن يقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق قبل أداء شهادته والا كانت باطلة ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك .

ولا يشترط شكل خاص فى أداء الشهادة ولا فى قبولها .

وبكفر تعين الشهود به تعيناً نافياً للجهالة .

(م ٤٩٣ مدنى عراقى وتقابل م ١٦٨٤ و ١٦٨٩ من المجلة وم ٨٦ اثبات مصرى و ١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « . وبعد أن يحلفه اليمين الشرعية ولا يشترط فى شهادة الاستكشاف

تحليف اليمين بل يكفى فيها مجرد الاخبار عن يوثق به » و ٧٧ - ٣ بينات سورى : « ويجب أن يؤدي الشاهد قبل الادلاء بالشهادة يمينا بأن يقول الحق ويستثنى من ذلك من تسمع شهادتهم على سبيل الاستثناس وفقاً لأحكام المادة ٥٩ ، اثبات سودانى ونصها : « يجب على الشاهد قبل أن يدلى بأقواله أن يحلف يمينا أو أن يعلن صادقاً بأن يقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق ، ويكون الحلف على حسب أوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك » .

المذكرة الإيضاحية :

هل يشترط تحليف الشهود ؟ اختلف الفقهاء فى اشتراط أداء الشاهد اليمين الشرعية قبل أداء شهادته ، فمنهم من يرى جواز ذلك وقيل لا . وقيل يجوز عند التهمة . وقد اختارت المجلة العدلية تحليف الشاهد بشرطين أولهما الحاح المدعى عليه على القاضى بتحليف الشاهد والثانى أن يكون هناك دافع لتقوية الشهادة باليمين ونص المادة ١٧٢٧ منها كما يلى :

(مادة ٦١)

إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانونى من أداء اليمين أو من الإجابة حكم عليه طبقاً للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات (م ٨٠ اثبات مصرى و ١٧٣ - ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٧٨ بينات سورى و ٦٤ اثبات سودانى) .

(مادة ٦٢)

إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضى المنتدب لسماع أقواله فإذا كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضاتها لذلك ، ويدعى الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة ويحرر محضر بها يوقعه القاضى المنتدب والكاتب .

(م ٨١ اثبات مصرى و ١٩٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٧٥ بينات سورى و ٦٥ اثبات سودانى وفيها إضافة : « ويمنع من لم يحضر منهم (من الخصوم) فرصة مناقشة أقوال الشاهد . (٢) للخصوم أن يقدموا الى المحكمة مذكرات مكتوبة عن الوقائع التى يرغبون فى سؤال الشاهد فيها إذا فوضت محكمة أخرى فى سؤاله » .

ونص فى المادة ١٨٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية « للمشهود عليه أن يبين للقاضى ما يخل بشهادة الشاهد شرعاً وكذلك له أن يوجه الى الشهود بواسطة رئيس الجلسة الأسئلة التى يرى لزوم سؤالهم عنها وعلى الرئيس أن يوجه تلك الأسئلة الا اذا رأت المحكمة أنها غير مفيدة فتقرر رفضها مع تدوين ذلك كله بالمحضر » .

(مادة ٦٣)

لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم الا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لآى سبب آخر .

(م ٨٢ اثبات مصرى و ٥٤ اثبات سودانى مع التعبير بالاعتراض بدلاً من الرد ففيها « لا يجوز الاعتراض على سماع الشاهد » .)

المذكرة الإيضاحية :

رؤى عدم الأخذ فى المشروع برد الشاهد للمقاربة مهما بلغت درجتها الا فى الحالات المبينة بالمادة وتقدير ما اذا كان الشاهد قادراً على التمييز أم لا متروك للمحكمة .

(مادة ٦٤)

من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة اذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة .

(م ٨٣ اثبات مصرى و ٨٣ بينات سورى وعجز ٥٨ - ٢ اثبات

سودانى) .

(مادة ٦٨)

يكون توجيه الأسئلة الى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب .
ويجب الشاهد أولا عن أسئلة الخصم الذى استشهد به ثم عن
أسئلة الخصم الآخر فلو أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام
الشاهد وقت أداء الشهادة .

(م ٨٧ اثبات مصرى و ١٨٢ - ١٨٣ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية و ٧٩ - ٢ و ٨٠ بينات سورى و ٥٩ - ١ اثبات سودانى) .

(مادة ٦٩)

إذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له ابداء أسئلة
جديدة الا بأذن المحكمة أو القاضى .

(٨٨ اثبات مصرى و ٥٩ - ٢ اثبات سودانى) .

(مادة ٧٠)

لرئيس الجلسة أو لى من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه
من الأسئلة مفيدا فى كشف الحقيقة .

(م ٨٩ اثبات مصرى و ١٧٦ و ١٨٢ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية و ٧٩ - ٢ بينات سورى : « وللرئيس من تلقاء نفسه أو بناء
على طلب قضاة المحكمة أو الخصم أن يوجه الى الشاهد ما يرى من
أسئلة وله أن يواجه بشهود آخرين » و ٥٩ - ٣ اثبات سودانى) .

(مادة ٧١)

تؤدى الشهادة شفاهة ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة الا بأذن
المحكمة أو القاضى المنتدب وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى .

(م ٩٠ اثبات مصرى و ٨٢ بينات سورى و ٥٨ - ٢ و ٣ اثبات
سودانى) .

(مادة ٧٢)

تثبت اجابات الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد
تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها واذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك
وسببه فى المحضر .

(م ٩١ اثبات مصرى و ١٨٨ - ١٨٩ من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية و ٨٤ - ١ بينات سورى ونصها : « تثبت اجابات الشاهد
فى محضر الجلسة بصيغة المتكلم دون تغيير فيها ثم تتلى هذه الاقوال
على من صدرت عنه وله أن يدخل عليها ما يرى من تعديل ويذكر التعديل
عقب نص الشهادة » و ٦١ اثبات سودانى ونصها : « تثبت اجابات
الشهود فى المحضر وتلى بناء على طلب الشاهد أو أحد الخصوم » .

« إذا ألح الشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا
فى شهادتهم كاذبين وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين فللحاكم
أن يحلف الشهود وله أن يقول لهم : ان حلفتم قبلت شهادتكم والا فلا » .

وقد نصت المادة ١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية انه « متى
حضر الشهود بين يدي القاضى سمع شهادة كل منهم على انفراد بعد
أن يسأله عن اسمه ولقبه وصنعتة (يريد صناعته) أو وظيفته ومحلّه
ونسبه وجهة اتصاله بالخصوم بالقرابة أو الاستخدام أو غيرها وبعد
أن يحلفه اليمين الشرعية ولا يقتصر فى شهادة الاستكشاف تحليف
اليمين بل يكفى فيها مجرد الاخبار ممن يوثق به » والمقصود بشهادة
الاستكشاف أو الاستفسار الشهادة التى هى من قبيل الاخبار الخفى
كاقوال أهل الخبرة والمخبرين بيسار الزوج لتقدير النفقة عليه
لزوجه وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن ولا يشترط فيها لفظ
« أشهد » اذ كل ذلك من قبيل الاعلام واطهار الحال وإعانة القاضى .

(أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣١٣ و ٣١٤ - ٣١٦) وانظر
المادة ١٧٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

وقد نص فى المادة ٨٦ من قانون الاثبات المصرى (م ٢١٢ مرافعات
قديم) أنه : « على الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق ولا يقول
الا الحق والا كانت شهادته باطلة » ويكون الحلف على حسب الأوضاع
الخاصة بديانته ان طلب ذلك » .

ونص فى المادة ٥٧ من قانون الاثبات السودانى أنه « يجب على
الشاهد قبل أن يدلى بأقواله أن يحلف يمينا أو أن يعلن صادقا بأن
يقول الحق كل الحق ولا شيء غير الحق » ويكون الحلف على حسب
الأوضاع الخاصة بديانته ان طلب ذلك » .

ونص فى المادة ٧٧ - ٣ من قانون البينات السورى : « ويجب أن
يؤدى الشاهد قبل الاداء بالشهادة يمينا بأن يقول الحق ويستثنى
من ذلك من تسمع شهادتهم على سبيل الاستثناس وفقا لأحكام
المادة ٥٩ » .

وتكون صيغة اليمين هى : « أحلف بالله بأن أشهد الحق » أو
« أحلف بأن أقول الحق كله ولا أقول غير الحق » وكلمة « أحلف »
تعنى الحلف بالله . وللقاضى أن يطلب من الشاهد ذكر لفظ الجلالة
فى صيغة الحلف (اليمين) وللقاضى أن يفظل الشهادة باللفظ والمكان
والزمان كأن يذكر أوصاف الله الداعية لتخويف الشاهد كأن يقول
« أحلف بالله الذى لا اله الا هو المنتقم الجبار » .

(راجع الشوكانى ، نيل الأوطار ، جزء ٨ ص ٢٥٧) .

(مادة ٧٣)

- ١ - للمحكمة ، اذا طلب الخصم تكليف شاهد الحضور لتأدية الشهادة ، أن تأمره بأن يودع خزانة المحكمة ما تقدره المحكمة للوفاء بمصروفات ذلك الشاهد قبل أن تأمر بتكليفه الحضور .
- ٢ - وتقدر المحكمة مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بنساء على طلبهم ويتقاضون ما يقدر لهم من المبلغ الذي أودع خزانة المحكمة وفقا للفقرة السابقة .
- ٣ - ويعفى الخصم من ايداع المبلغ المتقدم بيانه في الفقرة الأولى اذا تعهد بأن يحضر الشهود بنفسه .
- (م ٩٢ اثبات مصرى ونصها : « تقدر مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذى استدعاه » و ٨٥ بينات سورى « تقدر المحكمة نفقات الشهود بناء على طلبهم ويتقاضون ما يقدر لهم من المبلغ الذى أودع لحساب النفقات » وانظر م ٦٩ بينات سورى ونصها : « اذا رأت المحكمة أن الوقائع المطلوب اثباتها منتجة وجائز اثباتها بشهادة الشهود قررت استماعهم وعينت المبلغ الذى يجب على طالب الالاباث ايداعه فى ديوان المحكمة لحساب نفقات الشهود ٢٠ - ويعفى الخصم من ايداع المبلغ المتقدم ذكره اذا تعهد بأن يحضر الشهود بنفسه » و ٦٢ اثبات سودانى ونصها (١) للمحكمة اذا طلب الخصم تكليف شاهد الحضور لتأدية الشهادة أن تأمره بأن يودع خزانة المحكمة ما يكفى للوفاء بمصروفات ذلك الشاهد قبل أن تأمر بتكليفه الحضور . (٢) تقدر المحكمة مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم لمن يطلبها منهم وتلزم بها الخصم الذى استدعى الشاهد .

المذكرة الإيضاحية :

رأى النص على أن المحكمة تقدر بادية ذى بدء نفقات الشهود ومقابل تعطيلهم وتأمر من طلب تكليفهم بالشهادة بأن يودع خزانة المحكمة المبلغ الكافى لأداء هذه النفقات وذلك تشجيعا للشهود على الحضور لأداء الشهادة وتيسيرا لهم فى صرف هذه النفقات وقد ترك للمحكمة أيضا تقدير نفقات الشهود ومقابل تعطيلهم حسب الأحوال . وذلك أسوة بالخبراء (انظر المادة ١٥٥ من هذا المشروع) .

وقد أخذ هذا الحكم من قانون البيئات السورى وقانون الالاباث السودانى .

(مادة ٧٤)

- يشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية :
- (١) يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وانتهائه مع بيان الجلسات التى استقرقها .
 - (ب) أسماء الخصوم والقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وطلباتهم .

(ج) أسماء الشهود والقابهم وصناعاتهم وموطن كل منهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر .

(د) ما يبديه الشهود وذكر تحليفهم اليمين .

(هـ) الأسئلة الموجهة اليهم ومن تولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص اجابة الشاهد عن كل سؤال .

(و) توقيع الشاهد على اجابته بعد اثبات تلاوتها وملاحظاته عليها .

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد اذا كان قد طلب ذلك .

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضى المنتدب والكتاب .

(م ٩٢ اثبات مصرى و ٦١ اثبات سودانى و ٧٦ - ٢ بينات سورى و ٨٧٤ و ١٨٣ و ١٨٧ و ١٨٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

(مادة ٧٥)

اذا لم يحصل التحقيق أمام المحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت فى نفس الجلسة التى سمع فيها الشهود كان للخصوم الحق فى الاطلاع على محضر التحقيق .

(م ٩٤ اثبات مصرى وانظر م ٧٧ - ٢ بينات سورى) .

(مادة ٧٦)

بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لاتمامه يعين القاضى المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب باخبار الخصم الغائب .

(م ٩٥ اثبات مصرى) .

(مادة ٧٧)

اذا لم توافق الشهادة الدعوى أو لم تتوافق أقوال الشهود مع بعض أخدت المحكمة من الشهادة بالقدر الذى تقتنع بصحته فى حدود موافقة الشهادة للدعوى بعد تكامل نصاب الشهادة .

(م ٥٠١ عراقى ، وانظر المواد من ١٧٠٦ الى ١٧١٥ من المجلة ، وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٦٤ وما بعدها) .

(مادة ٧٨)

يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد امام القضاء ويحتمل عرضه عليه أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد .

ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة الى قاضى الأمور المستعجلة وتكون مصروفاته كلها على من طلبه وعند تحقق الضرورة يحكم القاضى بسماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز اثباته بشهادة الشهود .

(م ٩٦ اثبات مصرى و ٨٦ بينات سورى ما عدا عبارة « وعند تحقق الضرورة الخ ») .

(مادة ٧٩)

لا يجوز في هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز اثبات الواقعة بشهادة الشهود . ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود نفى لمصلحته .
(م ٩٧ اثبات مصرى و ٨٧ بينات سورى) .

(مادة ٨٠)

تتبع في هذا التحقيق القواعد المتقدمة عدا مانص عليه في المواد ٥١ و ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ و ٧٦ من هذا القانون .
(م ٩٨ اثبات مصرى و ٨٨ بينات سورى وليس فيها عدا ٥٠ الخ) .

الباب الرابع

الكتابة

اجاز المشروع الاثبات بالكتابة استنادا الى الكتاب والسنة والاجماع والمقول .

أما الكتاب فقوله تعالى في سورة البقرة (الآية ٢٨٢) :

« يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل ليه بالعدل . . . ولا تساموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ، وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم . وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فإن أمن بعضهم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه ولا تكتبوا الشهادة ومن يكتبها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم » .

وأما السنة فأمره صلى الله عليه وسلم بكتب المصالحة بينه وبين قريش ومنها كتب الأمانات وفي الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم

أنه قال : « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » فلو لم يجر الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة الوصية فائدة .

وأما الاجماع فقد حكى الامام الرازى في « المحصول » اجماع الصحابة على العمل بالخط . وأما بعد الصحابة فيعدل عليه اجماعهم العقلى على الاحتجاج بذلك والعمل به في معاملاتهم .

(أنظر المادة ١٦٠٦ وما بعدها من المجلة) .

وأما المقول فلان الكتابة تحمل في الغالب إما الاقرار أو الشهادة أوهما معا وثابت أن كلا منهما طريق شرعى من طرق القضاء .

(أنظر المادة ١٦٠٦ وما بعدها من المجلة) .

٢ - وقد اعتبرت المجلة الكتابة طريقا من طرق الاثبات (راجع فيها المواد ١٦٠٦ - ١٦١٢ و ١٧٣٦ - ١٧٣٩) وكذا لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (راجع فيها المواد من ١٣٠ إلى ١٧١) ورغم أن هذه اللائحة لم تذكر الكتابة من ضمن الأدلة الواردة في المادة ١٢٣ منها وصدرت كلامها في الأدلة الخطية على أن الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان مما يفيد اعتبار الكتابة نوعا من الاقرار إلا أنها في المادة ١٣٤ منها اعتبرت الأوراق الرسمية حجة على أى شخص كان أى سواء كان موقعا عليها أو غير موقع عليها مما لا يلزم معه دائما اعتبارها اقرارا بل طريقا مستقلا في بعض الأحيان .

٣ - وقد استعمل ولى الأمر سلطته الشرعية في تنظيم هذا الطريق من طرق الاثبات وجعل الأوراق تنقسم من حيث قوتها في الاثبات إلى قسمين : الأوراق الرسمية والأوراق غير الرسمية . وتستند هذه التفرقة وأحكام كل ، إلى سلطة ولى الأمر في تقدير ما يوحى به كل من القويين من ثقة .

٤ - والمواد التالية ومذكراتها الايضاحية منقولة عن القانون المدنى المصرى وقانون الاثبات المصرى . ولم تخرج أحكام هذه المواد في الجملة عما ورد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمجلة والقوانين العربية الأخرى في شأن الاثبات بالكتابة وإن كانت أكثر تفصيلا . وقد اختير هذا المسلك حرصا على استقرار التعامل فيما يوافق الشريعة الإسلامية .

الفصل الأول

المحررات الرسمية

(مادة ٨١)

- ١ - المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو مآلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه .
- ٢ - فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة الرسمية ، فلا يكون لها الا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بأعضائهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .
- (م ٣٩٠ مدنى مصرى و ١٠ اثبات مصرى و ١٤ اثبات سودانى و ٥ سورى و ١٧٣٧ و ١٧٣٨ و ١٧٣٩ من المجلة وم ١٣١ و ١٣٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الايضاحية :

تتناول الفقرة الأولى من المادة بيان الشرطين الواجب توافرها فى المحرر الرسمى . ويراعى أن هذين الشرطين هما قوام ما شرع القانون من ضمانات ، هي مرجع ما يتوافر لذلك المحرر من حجية بالغة فى الاثبات ، وعلة ايكال أمرها الى موظف عام ، يثبت له القانون سلطة واختصاصا فى هذا الشأن ، سواء من الناحية النوعية أم من الناحية المكانية .

والواقع أن ما يولى القانون من سلطة خاصة للموظف العام ، هو عماد ما يتوافر للمحرر الرسمى من قوة فى الاثبات ، وهو بذاته مناط العلة من هذه القوة بيد أنه لم ير من العدل حرمان المتعاقدين من الاستناد الى الورقة ، اذا كانوا قد عهدوا بأمرها الى موظف ليست له سلطة توثيقها بالنسبة الى المكان ، متى كانوا قد اعتقدوا خلاف ذلك ، بناء على سبب مشروع . على أن مثل هذه الورقة لا يكون لها الا قيمة ورقة عرفية .

ويشترط لتطبيق هذه الفقرة :

- (أ) أن تكون ثمة ورقة تلقاها موظف عام له سلطة توثيقها بالنسبة الى طبيعتها (الاختصاص النوعى) .
- (ب) وأن يكون ذوو الشأن جميعا قد وقعوا على هذه الورقة بأعضائهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . على أن هذا الحكم ليس الا استثناء من القواعد العامة ، ولذلك ينبغى تفادى التوسع فى تفسيره . فهو لا ينطبق حيث يكون المظهر العام غير مختص بالنسبة الى طبيعة المحرر كما لو وثق أحد المأذونين عقد بيع ، أو حيث يكون هذا الموظف قد أغفل التوقيع أو المهر لأنه يكون خلوا ، فى هذه الحالة ، مما

يثبت أنه تلقاه ، أو حيث يكون أحد المتعاقدين قد أغفل التوقيع على المحرر بأعضائه ، أو ختمه ، أو بصمته . وهو لا ينطبق كذلك اذا كان الموظف العام قد تدخل بوصفه طرفا فى التعاقد ، إذ ليس من المقبول أن يتولى الموظف العام ضبط محرر رسمى لنفسه ، وليس للمتعاقدين فى هذه الحالة أن يعتقلا اعتقادا مشروعاً فى رسميه هذا المحرر .

(مادة ٨٢)

المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يثبت تزويرها بالطرق المقررة قانوناً .

(م ٣٩١ مدنى مصرى و ١١ اثبات مصرى و ١٥ سودانى و ٦ سورى ، و من المجلة المواد ١٧٣٧ و ١٧٣٨ و ١٧٣٩ ومن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية م ١٣٣ و ١٣٤ و ١٣٨) .

المذكرة الايضاحية :

١ - تعرض هذه المادة لتنظيم حجية المحرر الرسمى . والجوهرى فى هذا الصدد أن المحرر الرسمى يكون حجة بكل ما يلحق به وصف الرسمية فيها ، دون حاجة الى الاقرار بها ، على نقيض المحرر العرفى فهو لا يكون حجة بما فيه قبل الاقرار به . ويعتبر المحرر الرسمى حجة لا بالنسبة الى المتعاقدين وحدهم ، بل بالنسبة الى الغير كذلك ، شأنه من هذا الوجه شأن المحرر العرفى فيما عدا التاريخ . وقد نص التقنين المراكشى (م ٤١٩) والتقنين المصرى القديم (م ٢٢٦) والحالى (م ٣٩١) صراحة على هذا الحكم ، وتبعها المشروع فى ذلك .

أما من حيث قوة الاثبات ، فتعتبر المحررات الرسمية حجة ما لم يثبت تزويرها أو لم يتم الدليل على خلل ما هو ثابت فيها .

ويراعى أن الطعن بالتزوير هو طريق خاص لاثبات العكس فى المحررات الرسمية علته ما يولى القانون من ثقة لصحة الاقرارات الصادرة فى حضور الموظف العام وصحة ما يتولى اثباته من البيانات التى تدخل فى حدود مهمته . فإذا اقتضت مصلحة أحد من ذوى الشأن أن يقيم الدليل على عكس بيان من البيانات التى يلحق بها وصف الرسمية ، تعين عليه أن يلجأ الى طريق الطعن بالتزوير .

وقد تكفل النص بتحديد هذه البيانات فقصرها على الأمور التى يثبتها الموظف العام فى حدود مهمته ، أو التى تصدر من ذوى الشأن فى حضوره وهى بهذا الوصف تتضمن :

- (أ) ما يثبت الموظف العام من وقائع أو أمور ، باعتبار أنه تولى ضبطها بنفسه ومن قبيل هذه الوقائع أو الأمور : التاريخ ويعتبر ثابتاً من يوم تلقى الورقة ، وقبل قيدها فى السجل

(مادة ٨٣)

١ - إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل .

٢ - وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين . وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل .

(م ٣٩٢ مدني مصري و ١٢ اثبات مصري و ١٦ - ٢١ سوداني و ٧ سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - الصورة بوجه عام هي نسخة حرفية تنقل عن أصل ورقة من الأوراق ، وتكون خلوا من التوقيع . ولما كان الأصل من ورقة عرفية هو النسخة التي يقع عليها ذوق الشان ، وتتوافر لها حجيتها في الاثبات تأسيسا على هذا التوقيع ، متى كانت نسبتها الى الموقعين غير منكورة ، لذلك لم يجعل القانون لصور الأوراق العرفية أى حجة في الاثبات اذ ليس ثمة ضمان يكفل الجزم بعدم تزوير أصولها .

ويخرج بداهة من نطاق تطبيق النصوص الواردة في شأن الصور جميع المحررات التي لا تحمل توقيعاً ، وإن كانت تعتبر من ضروب الأدلة الكتابية (كدفاتر التجار ، والأوراق العائلية ، وتأشيرات الدائن على سند الدين) .

٢ - ويقتضى تعيين ما لصور الأوراق الرسمية من حجية في الاثبات وجوب التفرقة بين حالة وجود الأصل ، وحالة فقد هذا الأصل . ويعرض هذا النص لحكم الحالة الأولى . أما الحالة الثانية فيعرض لها النص التالي :

ويراعى أن النص سوى في الحكم بين الصور الشمسية (الفوتوغرافية) والصور الخطية إزاء شيوع الركون الى طريقة التصوير الشمسي بالنسبة للأوراق الرسمية في مصر .

والأصل في حجية الورقة الرسمية أن تكون مقصورة على نسختها الأصلية ويتفرع على ذلك أن الصور الخطية أو الشمسية والصور التنفيذية والصور الأولى ، لا تكون بثباتها حجة في الاثبات ، مع أن موظفا عاما يستوثق من مطابقتها للأصل . ولهذه العلة ذكر النص على وجه التحديد أن الصور تكون حجة بالقدر الذي يعترف فيه بمطابقتها للأصل ، مع مراعاة القيد الآتي :

فلذا الشان من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، في مواجهة الطرف الآخر ، ومؤدى هذا أن مجرد انكار مطابقة الصورة للأصل ، يكفي للالزام بتقديم الأصل ، ولو لم يكن هذا الانكار معززا بدليل بيد أن العمل جرى على الاعتداد بحجية الصور الخطية والشمسية ، واعتدادها بمطابقة للأصل ، متى انتفت كل شبهة في حقيقة هذه المطابقة .

المعد لذلك ، وبيان مكان تلقى الورقة ، والكتابة ، وتوقيع ذوى الشان ، وتوقيع الموثق ، والبيانات المتعلقة باتسام الاجراءات التي يتطلبها القانون .

(ب) ما يصدر من ذوى الشان في حضور الموظف ويدرك بالحس ، من طريق الاتصال بالسمع أو الوقوع تحت البصر ، كالاقرارات أو وقائع التسليم . ويراعى أن الموظف العام يثبت واقعة الادلاء بهذه الاقرارات ، دون أن يمس ذلك صحتها ، فلو أقر أحد المتعاقدين أنه باع وأقر الآخر أنه أدى الثمن ، اثبت الموثق هذين الاقرارين ، وكان اثباته لهما دليلا على الادلاء بهما ، لا على صحة الوقائع التي تنطوي فيهما .

ويشترط أن تكون الوقائع أو الأمور المتقدم ذكرهما ، مما يدخل في حدود مهمة الموثق ، لأن الحاق صفة الرسمية بما يثبت الموظف العام في المحرر مشروط باقتضائه على هذه الحدود كما رسمها نص القانون ، فإن جاوزها انقطعت عنه الولاية ، وسقطت تبعاً لذلك قيمة ما يتولى اثباته على هذا الوجه . فلو اثبت الموثق أن المتعاقد متمتع بقواه العقلية مثلاً فلا يكون لاثبات هذه الواقعة أثر في إمكان الاحتجاج بها ، لأن اثباتها ليس مما يدخل في مهمة من يتولى التوثيق .

٢ - وتكون اقرارات ذوى الشان حجة على الكافة مالم يثبت تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . ويلاحظ أنه ينبغي عدم الخلط بين اثبات حصول التصرف أمام الموظف وبين صحة هذا التصرف في ذاته . فإذا قرر ذوى الشان أمام الموظف أن أحدهما باع وأن الآخر اشترى ، فالمحرر الرسمي يعتبر حجة على صدور هذين الاقرارين ، واثبات الموظف لهما ، بعد أن اتصل بهما ، الى أن يقضى فيه بالتزوير . أما حقيقة هذين الاقرارين في ذاتهما ، من حيث مبلغ مطابقتها للواقع ، فلا حيلة للموثق في العلم بها واثباتها ، لأنها ليست مما يقع تحت حسه .

ومؤدى هذا أن مجرد اثبات اقرار من الاقرارات في محرر رسمي لا يستتبع إمكان الاحتجاج بصحته الذاتية ، الى أن يقضى في هذا المحرر بالتزوير . على أن مثل هذا الاقرار يعتبر صحيحاً الى أن يثبت العكس ، تفريعا على أن الأصل في الاقرارات أن تكون صحيحة ، أما الصورية فهي استثناء يتعين على من يتمسك به أن يقيم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة في الاثبات .

وغنى عن البيان أن من واجب القاضي أن يحترم المحرر الرسمي وأن يكفل نفاذه .

ولم ير محل لإيراد نص خاص بشأن الأمر بوقف تنفيذ المحرر الرسمي الذي يطعن فيه بالتزوير بصفة أصلية أو فرعية ، وبيان الهيئة المختصة باصدار هذا الأمر . ذلك أن مثل هذا النص يتعلق بقواعد الاجراءات فمكانه الطبيعي تقنين المرافعات المدنية والتجارية في باب التنفيذ لا قانون الاثبات .

الاستثناس : وبعبارة أخرى يكون للقاضي أن يعتد بهذه الصور ، ولكن باعتبارها مجرد قرائن فحسب . أما المقتطفات (المستخرجات) والصور الجزئية فللقاضي سلطة تقديرها . وغنى عن البيان أن هذه المقتطفات والصور تقتصر قيمتها على الشق الذي ينقل فيها عن الأصل .

الفصل الثاني

المحررات العرفية

(مادة ٨٥)

يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة .

أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفى أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عند الحق .

ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه ، لا يقبل منه إنكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع .

(م ٣٩٤ مدني مصري ماعدا الفقرة الأخيرة و ١٤ اثبات مصري وم ١٦٠٩ - ١٦١١ و ١٧٣٦ من المجلة وم ١٣٥ و ١٣٦ وم ١٣٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - تقرر الفقرة الأولى من هذه المادة أن سكوت ذوى الشأن يعتبر في الأصل اقرارا ، لأن من واجب من لا يريد الاعتراف بالمحرر ، أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو امضاء ، فإذا أبى ذو الشأن أن يعترف بنسبة الخط أو الامضاء إليه أو أن ينكر هذه النسبة ، فيتعين اعتبار المحرر العرفي قد اعترف به حكما .

وغنى عن البيان أن الاقرار أو السكوت الذي يعدل الاقرار ، لا يتعلق الا بالتوقيع أو الخط ، وأن هذا الاقرار ، صريحا كان أو ضمنا ، لا يؤثر بأي حال ، في أوجه الدفع الشكلية أو الموضوعية التي يكون لمن اعترف بالمحرر العرفي في غير تحفظ أن يتمسك به .

وإذا كانت الفقرة الأولى من هذه المادة تلزم من يحتج عليه بورقة عرفية بأن ينكر صراحة الخط أو الامضاء والا اعتبر سكوته بمنزلة الاعتراف فأية ذلك أن التوقيع ينسب إليه ، ويتعين عليه ، تفريعا على هذا ، أن يدل برأيه في هذه النسبة . بيد أن مركز الورثة والخلفاء يختلف عن مركز المورث أو المستخلف نفسه ، لأن التوقيع ينسب إليه شخصيا دون أولئك وهؤلاء .

فليست قيمة هذه الصور في الاثبات بموقوتة أو مغيبة بمجرد المنازعة في مطابقتها . على أن هذا المشروع قصد الى تلافى استغلال مجرد الإنكار في إطالة أمد الخصومات واللد فيهما ، فنص على مراجعة الصورة على الأصل وللقاضي في هذه الحال سلطة تقدير جدية الإنكار ، دون أن يخل ذلك بواجبه في الاعتداد بحق من يحتج عليه بالصورة الشمسية أو الخطية في المطالبة بتقديم الأصل فإذا انتفى كل شك في أن الإنكار لا يقصد منه غير إطالة أمد النزاع كان للقاضي ألا يأمر باستحضار الأصل . وليس شك في أن من الأنسب تخويل القاضي سلطة التقدير في هذا الشأن ولا سيما أن شيوع طريقة التصوير الشمسي يقضى على كثير من أسباب الخطأ في الصور التي تنقل بالخط أو بالآلة الكتابية .

(مادة ٨٤)

إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتي :

(١) يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .

(ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها .

(ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية ، فلا يعتد به الا لمجرد الاستثناس تبعا للظروف . (م ٣٩٣ مدني مصري و ١٣ اثبات مصري و ٨ سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - يعرض هذا النص لحالة فقد أصل الورقة . وفي هذه الحالة يقع على من يتسكك بالصور الخطية أو الشمسية عبء إقامة الدليل على فقد الأصل . فإذا وفق الى تحصيل هذا الدليل ثبتت للصورة ، استثناء من أحكام القواعد العامة ، حجية على التفصيل الآتي :

(١) يكون للصور التنفيذية والصور الأولى حجية الأصل ، إذا صدرت هذه أو تلك من موظف عام مختص ، وكان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك في مطابقتها لأصلها .

(ب) ويكون للصور الخطية أو الشمسية المأخوذة من الصور التنفيذية ، أو الصور الأولى ، ذات الحجية إذا صدرت من موظف عام مختص . وفي هذه الحالة يجوز للطرفين أن يطلبوا احضار الصور التنفيذية أو الصور الأولى ، كما يجوز للقاضي أن يأمر باحضارها .

٢ - أما ما يؤخذ بعد ذلك من الصور الخطية أو الشمسية ، فيكون للقاضي سلطة تقديره « تبعا للظروف » وتقتصر قيمته على مجرد

(د) من يوم وفاة أحد من لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه ، وبوجه عام (ع) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا في أن المحرر قد صدر قبل وقوعه .

٢ - ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالفات .

(م) ٣٩٥ مدني مصري و ١٥ اثبات مصري و ١١ سورى و ١٣٧ و ١٣٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - الأصل في المحرر العرفي أن يكون له حجية قبل الكافة ، فيما عدا التاريخ ، فلا تكون له حجية بالنسبة للغير إلا أن يكون ثابتا . ويتفرع على ذلك :

(أ) أن تاريخ المحرر العرفي يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس ، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذا المحرر من البيانات .

ويتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي ، في هذه الحالة أن يلتزم أحكام القواعد العامة في ذلك . ومؤدى هذا وجوب التقدم بدليل كتابي ، إذ لا يجوز نقض الثابت كتابة إلا بالكتابة .

(ب) وأن هذا التاريخ لا يكون حجة بالنسبة للغير ما لم تتوافر فيه ضمانات خاصة ، قوامها إثباته ، لكي يزول كل شك في صحته . وقد قصد من هذا الاستثناء إلى حماية الغير من خط تقديم التاريخ في الأوراق العرفية . ويتربط على ذلك :

أولا : أن هذه المادة لا تطبق إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة ، كالنصوص المتعلقة باشتراط التسجيل أو التسليم في تملك المنقولات ، أو إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمنا ، أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته للواقع .

ثانيا : أن أحكام هذه المادة لا تنطبق إلا على الغير . ويقصد بذلك كل من لم يكن طرفا في الورقة العرفية بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، متى تمسك قبل من يحتج بتاريخ هذه الورقة بحق يضار فيما لو ثبتت صحة هذا التاريخ في مواجهته . ويستخلص من ذلك أن هذه الأحكام لا تطبق على من يكون بشخصه أو بنائيه طرفا في المحرر العرفي . ولا على من يخلف هذا أو ذاك خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية . ولا على الدائنين عند مباشرتهم لدعاوى مدنيهم (الدعوى غير المباشرة) وليس هؤلاء في الحقوق أكثر مما لهذا المدين .

٢ - وهذا هو ما حدا بالمشروع إلى أن يحد من نطاق القاعدة المقررة في الفقرة التي تقدمت الإشارة إليها ، بمقتضى الحكم الوارد في الفقرة الثانية ، فليس في الوسخ إزاء ما يفرق هذين المركزين ، إلا أن يساح للوارث أو الخلف الاكتفاء بنفى علمه بأن الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة ، لمن تلقى عنه حقه ، دون أن يقف موقف الإنكار صراحة .

ورؤى من الأنسب النص على وجوب تعزيز إقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤديها ، فردا لما يحتمل من تعسف هذا أو ذاك في استعمال الرخصة المخولة له .

وقد أثر المشروع النص على أنه يكفي من الوارث أو الخلف أن يقر أنه لا يعلم أن الامضاء لمورثه ، دون أن يجتزى من الوارث بنفى العلم بامضاء مورثه . فإذا أنكرت نسبة الورقة العرفية صراحة أو نفى الوارث أو الخلف علمه بذلك ، زالت عنها مؤقتا قوتها في الإثبات ، وتعين على من يريد التمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها ، باتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط . وقد جرى القضاء المصري في ظل القانون المدني القديم على ذلك رغم خلو ذلك القانون من نص خاص في هذا الشأن .

٣ - وقد أضيفت الفقرة الثالثة أخذا من قانون الإثبات المصري ، ولم تكن في القانون المدني المصري سدا لباب الكيد والمطل ذلك أن مناقشة موضوع المحرر تعين لتكون جادة منتجة أن تكون وليدة الاطلاع على هذا المحرر ، وهو ما يمكن من التحقق من نسبة الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة لمن يشهد عليه المحرر إذ أن من اليسير على هذا الأخير بمجرد هذا الاطلاع التحقق من هذه النسبة ، فإذا لم ينكرها فور اطلاعها على المحرر وخاض في مناقشة موضوعه فإن ذلك منه إنما يفيد تسليمه بصحة تلك النسبة فإن عاد بعد ذلك إلى إنكارها ، وقد سارت الدعوى شوطا بعيدا على أساس صحة المحرر ، فأنما يكون ذلك منه استسعارا لضعف مركزه في الدعوى واستغلالا لنصوص القانون في نقل عبء الإثبات إلى التمسك بالورقة . ورغبة في الكيد والمطل ، وهو ما لا يجوز تمكينه منه . غير أن مناقشة موضوع المحرر وإن كانت تسقط حق الخصم في إنكار الخط أو الامضاء إلا أنه ينبغي أن تجاوز هذا الحد فلا يسقط حق الخصم في الطعن على المحرر بالتزوير من جهة صلبه أو توقيعه .

(مادة ٨٦)

١ - لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت . ويكون للمحرر تاريخ ثابت :

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه في محرر آخر ثابت التاريخ .

(ج) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .

والتوقيع . وغنى عن البيان أن توافر هذين الشرطين يكفي من هذه الناحية دون حاجة إلى شرط آخر .

أما فيما يتعلق بحجية الرسائل ، فمن رأى فريق من الفقهاء أنها تترك لتقدير القاضي ، لأن مضمون الرسالة لا يعدو أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . قد يعتبر من قبيل الاقراء في غير مجلس القضاء . بيد أن مذهب القضاء قد تطور في هذا الشأن فعملت المحاكم إلى اقرار مبدأ التعاون في تحصيل الأدلة ، وأجازت للقاضي أن يأمر بتقديم الأدلة التي تثبت حيازة الخصوم لها واعراضهم عن استعمالها ، إذا اقتضى ذلك حسب سير العدالة .

وقد أقيم المبدأ الذي تقدمت الإشارة إليه على ما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية في تحصيل الدليل . فإذا تم التعاقد بالمراسلة ، كان من واجب كل من المتعاقدين أن يقدم إلى القاضي ما يكون لديه من الأدلة الكتابية ، لأن الإثبات في هذه الحالة لا يتاح إلا بمقارنة الرسائل المتبادلة .

وليس ثمة ما يدعو إلى الاشفاق من أقوار حجية الرسائل ، فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تقديم الرسالة الموجهة إليه ، فللقاضي أن يلزمه بذلك . ثم أن اشتراط ازدواج النسخ الأصلية في بعض التقنيات يقصد منه إلى تحقيق المساواة بين طرفي التعاقد ، وهو غرض لا يفوت بداهة من جراء اقرار هذه الحجية . ويراعى أخيراً أن العمل جرى على الاحتفاظ بصور الرسائل ، ولا سيما أنها غالباً ما تكتب بالآلة الكتابية ، متى كانت متعلقة بمعاملة من المصاملات ، ولو كانت مدنية بطبيعتها . وتقريباً على ذلك عند المشروع إلى اقرار حجية الرسائل والتسوية في الحكم بينها وبين سائر المحررات العرفية .

ولو فرض على نقيض ما تقدم أن رسالة وجهت إلى شخص ثالث ، وتمكن أحد الطرفين من تقديمها بعد الحصول عليها بطريق مشروع ، ليستخلص منها دليلاً على ما يدعى قبل الطرف الآخر ، فحجية مثل هذه الرسالة تترك لتقدير القاضي ، وله أن يسترشد في شأنها بالأحكام الخاصة بما صيد من الاقراءات في غير مجلس القضاء .

٢ - أما البرقيات وهي التي تكفلت الفقرة الثانية ببيان حكمها ، فهي تختلف عن الرسائل من حيث أيجاز المضمون وسرعة الإبلأغ . بيد أنه رأى من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة أصل البرقية بل يتسلم صورة منها يتولى تحريرها موظف مصلحة التلغرافات في المكتب المختص بتلقى مضمون الرسالة . ومن المسلم أن صور المحررات العرفية لا تتوافر لها أي حجية في الإثبات .

بيد أنه رأى من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة المسلمة إلى المرسل إليها لأصلها ، إذ ليس لموظف مكتب التلغراف المختص مصلحة في تغيير مضمون هذا الأصل .

٢ - أما وسائل إثبات التاريخ فقد وردت على سبيل الحصر تيسيراً لتثبت الغير من ذلك ودفعاً لتحكم القضاء .

٣ - ومع ذلك فللقاضي تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات وقد سبق أن أشار البعض بوجوب استثناء المخالصات من أحكام ثبوت التاريخ بمقتضى نص خاص ، استناداً إلى ما جرى عليه القضاء . وقد أقر القضاء من عهد بعيد عرف التعامل في عدم اشتراط قيد المخالصات اقتصاداً للنفقات . بيد أن نطاق هذا العرف يتناول المخالصات العادية فحسب ، دون المخالصات التي ترتب حقا في الحلول . ولذلك احتاط المشروع لجعل للقاضي سلطة تقدير يعتمد في اعمالها بما يعرض من ظروف .

(مادة ٨٧)

١ - تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات .

٢ - وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

٣ - وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية المجرى الاستثناس . (م ٢٩٦ مدني مصري و ١٦ اثبات مصري و ١٩ سوداني و ١٢٠ سوري)

المذكرة الإيضاحية :

١ - أن التعامل بالرسائل أخذ يتزايد نصيبه من الأهمية حتى أصاب من سعة النطاق بسطة جذيرة بالاعتبار . وليس شك في أن هذا الضرب من التعامل قد اضطرر بوجه خاص في المسائل التجارية ، لكن المتعاملين من التجار لم يستشعروا ضرورة لحكم تشريعي جديد ، نظراً لانتهاء قيود الإثبات في هذه المسائل .

على أن التعامل بالرسائل شمل الروابط المدنية أيضاً .

وقد أقر القضاء والفقهاء ما توضح عليه المتعاملون في هذا الشأن ، وأنشأ طائفة من القواعد استلها فيها المبادئ المتعلقة بالأوراق العرفية ، رغم خلو التشريع من النص وقد استندنا في ذلك إلى :

١ - أن القانون لم يشترط شكلاً خاصاً في المحررات العرفية إلا ما استثنى منها بنص خاص . ٢ - أن الرسائل يتوافر فيها الشرطان الجوهريان اللذان تستمد منهما حجية المحررات العرفية وهما الخط والتوقيع . فمن الأنسب ، والحال كذلك ، أن تدرج الرسائل بين طرق الإثبات بالكتابة وإن يعين مدى حجيتها ، وما ينبغي أن يتوافر فيها من الشرائط الشكلية نزولاً على مقتضى القواعد العامة من ناحية ، ومشياً مع نية المتعاقدين من ناحية أخرى .

ويجب فيما يتعلق بالشكل أن يجتمع في الرسالة الشرطان الجوهريان الواجب توافرها في المحررات العرفية ، وهما الخط

تطبيق القواعد المتعلقة بالاقراءات في هذا الشأن ، ولا سيما قاعدة امتناع تجزئة الاقرار متى كانت دفاتر التاجر منتظمة . أما اذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة فللقاضي أن يقدر مضمونها ، دون أن يتقيد في ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الاقرار . وقد استظهر المشروع هذا الحكم بإضافة عبارة « اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة » الى نص الفقرة الثانية .

(مادة ٨٩)

لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه الا في الحالتين الآتيتين :

(أ) اذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينه .

(ب) اذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته .

(م ٣٩٨ مدني مصري و ١٨ اثبات مصري و ١٨ سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - هذه المادة ليس يقتصر نطاقها على الدفاتر ، بل يتناول كذلك الأوراق المنزلية ، أي المحررات المتعلقة بغير التجار ، كدفاتر المحاسب والأجندات والمذكرات ولا يلزم أحاد الناس ، عرفا أو قانونا ، بتدوين حساباتهم في دفاتر أو أوراق ، على تقيض ما تقدم بشأن التجار . وبديهي أن انتفاء هذا الالتزام لا يتيح بوجه من الوجوه اعتبار هذه الأوراق وتلك الدفاتر طريقا من طرق الإثبات ، بل ولا يتيح الاستعانة بها ، بوصفها مبدءا ثبوت بالكتابة لصالح من حررها ، ولذلك نصت الفقرة الأولى على أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لمن صدرت منه ، أما حجيتها عليه فقد تكفلت بيناها الفقرة الثانية من هذه المادة وقصرتها على حالتين على سبيل الحصر .

٢ - ومع ذلك فليس ثمة ما يحول دون اعتماد القاضي بالدفاتر التي تقدمت الإشارة إليها ، باعتبارها قرائن تضاف الى وثائق أخرى أو عناصر أدلة سبق تقديمها ، وفقا للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن .

(مادة ٩٠)

١ - التأشير على سند الدين بما يستفاد منه برامة ذمة المدين حجة على الدائن الى أن ثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته .

٢ - وكذلك يكون الحكم اذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع مخلصه ، بما يستفاد منه برامة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخلصه ، وكان السند النسخة أو المخلص في يد المدين .

(م ٣٩٩ مدني مصري و ١٩ اثبات مصري و ١٩ سوري) .

وبهذا تنحصر احتمالات مغايرة الصورة للأصل ، بوجه عام ، فيما قد يقع من هذا الموظف من خطأ . ولهذه العلة أجيز لدى الشأن أن يقيم الدليل على اختلاف الصورة عن أصلها ، وهو أمر يسير يكفى فيه تقديم الأصل المحفوظ في مكتب الإرسال .

ولا يكون نصيب البرقية من الحجية معادلا لنصيب الأوراق العرفية منها ، الا بتوافر شرط جوهرى ، هو توقيع المرسل على الأصل . بيد أن تحويل مصلحة التلغرافات حق اعدام أصول البرقيات ، بعد انتضاء فترة قصيرة من الزمن يجعل حجية الرسائل البرقية أدنى الى التوقيت وحظها من الاستقرار أقل مما يتوافر للرسائل البريدية . وقد سوى التقنين المراكشى بين البرقيات وبين سائر الأوراق العرفية من حيث الحجية .

(مادة ٨٨)

١ - دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيما عدا ورده التجار يسرى عليها قواعد الإثبات المقررة في هذا القانون .

٢ - وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ، ويستبعد منه ما كان مناقضا لدعواه .

(م ٣٩٧ مدني مصري و ١٧ اثبات مصري و ١٦٠٨ من المجلة و ٢٠ سودانى و ١٤ سوري) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - الأصل جواز التمسك بدفاتر التاجر قبله ، باعتبار أنها من قبيل الأوراق غير الموقع عليها التي تصدر من جانب واحد ، وأن وجوب امساكها روعيت فيه مصلحة التاجر نفسه . بيد أنه لا يجوز للتاجر أن يستند الى هذه الدفاتر كدليل لإثبات الالتزام قبل من يتعاقد معه من غير التجار اذ من الممتنع أن يصطنع الانسان دليلا لنفسه . وقد قصد من إلزام التاجر بامساك هذه الدفاتر (دفتر اليومية و دفتر صور الخطابات (الكوبيا) و دفتر الجرد حسب م ١١ و ١٢ و ١٣ من تقنين التجارة المصرى) واشترط ترقيمها وتأشير الموظفين المختصين على أوراقها الى رعاية مصلحة المشتغلين بالتجارة .

٢ - تقضى الفقرة الأولى بأن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار وتخضع البيانات المثبتة فيها الخاصة بما يوردونه للقواعد العامة فى الإثبات ومن أهمها قاعدة « السينة على المدعى واليمين على من أنكر » المنصوص عليها فى المادة الثالثة من المشروع .

٣ - أما التاجر فتعتبر دفاتره حجة عليه ، منتظمة كانت أو غير منتظمة لأنها بمثابة اقرار صادر منه ، ويتفرع على ذلك وجوب

المذكرة الإيضاحية *

١ - جرت العادة بأن يؤثر الدائن بالوفاء الجزئي أو الكلي على سند الدين ويستبقه في حيازته (الفقرة الأولى) أو بأن يؤثر بذلك على نسخة أصلية أخرى من هذا السند ، أو على مخالصة في يد المدين (الفقرة الثانية) .

ويراعى أن المشروع قد عني في النص باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة فليس يقصد بها مجرد صورة أخرى من سند الدين وإنما شفعت هذه الكلمة بنعت « أصلية » تعيينا لدلالة المقصود .

وعلة الاعتداد بالتأشير المتقدم ذكره في الإثبات : أن الدائن في الحالة الأولى يدلي باقرار غير قضائي لا يمكن استيعاده من السسنة انذى يتقدم به لاستيفاء حقه وأن ما يصدر من الدائن في الحالة الثانية يكون في الواقع بمثابة مخالصة تبقى في يد المدين .

٢ - ويراعى أن المشروع لا يتطلب توافر أى شرط شكلي في مثل هذا التأشير فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع توقيع الدائن وهو لا يشترط إرادته في مكان معين من السند أو النسخة الأصلية أو المخالصة ، فقد يرد في ذيل الورقة أو على هامشها أو ظهرها . بيد أنه يشترط لتوافر حجية التأشير أو قوته في الإثبات أن يكون مكتوبا بخط الدائن في الحالتين اللتين يواجههما النص وأن يظل سند الدين في يد الدائن في الحالة الأولى ، وفي يد المدين في الحالة الثانية والواقع أن من صور الغش ما يتيسر وقوعه في الحالة الأولى لو دخل سند الدين في يد المدين ، إذ يسهل عليه تزوير التأشير ، وكذلك الشأن لو سلم الدائن السند لوكيل فوضه في استيفاء الدين ، فهو يؤثر على هذا السند بالتخالص قبل أن يسلمه لوكيله ، ويقوم هذا برده إليه بما سبق أن دون فيه من تأشيريات ، فيما إذا تخلف المدين عن الوفاء عند المطالبة ، ولذلك اشترط المشروع في هذه الحالة أن يكون السند قد بقى في يد الدائن ولم يخرج قط فاذا ادعى أن السند خرج من يده وقع عليه عبء إقامة الدليل على صحة هذه الدعوى . وقد يتصور في الحالة الثانية أن يكون الدائن قد سلم المخالصة لوكيل مفوض في استيفاء الدين . ولما كان من واجب مثل هذا الوكيل أن يرد إلى الموكل المخالصة التي تسلمها إذا لم يتم له استيفاء الدين ، فالمفروض أن الدائن يحتفظ بهذه المخالصة لأنه لم يستوف حقه من المدين ، ولهذه العلة اشترط المشروع أن تظل النسخة الأصلية أو المخالصة في يد المدين .

على أن تخلف أحد الشرطين المتقدمين لا يجعل التأشير خلوا من كل فائدة ، فللمدين مثلا أن ينتفع منه بوصفه مبدءا ثبوت بالكتابة متى كان محررا بخط الدائن . ولم ير وجه للنص صراحة على هذا الحكم لأنه لا بد أن يكون تطبيقا للقواعد العامة .

٣ - ويراعى أن التأشير تقتصر حجته على الدائن وحده ، ولا يجوز أن ينهض دليلا على وجه الإطلاق ، إذ من المتنع على ذى الشأن أن يصطنع دليلا لنفسه . ثم إن هذه الحجية لا تتوافر إلا إذا قصد من التأشير إثبات براءة ذمة المدين ، أما ما عدا ذلك مما يؤثر به على سند الدين ، فلا تكون له حجية في الإثبات إلا في حدود القواعد العامة . ومتى تحدد المقصود من التأشير على هذا الوجه ، اعتبر حجة بما جاء فيه إلى أن يثبت العكس مراعى في ذلك أن تأشير الدائن لا يعتبر قرينة قاطعة على براءة الذمة بل يكون لهذا الدائن أن يثبت أن ما أشر به قد صدر منه عن غلط أو نحوه .

الفصل الثالث

طلب الزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده

(مادة ٩١)

يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب الزام خصمه بتقديم أى محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده .

- (أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه .
- (ب) إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة .
- (ج) إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى .
- (م ٢٠ اثبات مصرى وم ٢٠ بينات سورى وم ٤٢ اثبات سودانى) .

المذكرة الإيضاحية :

الأصل في الاجراءات القضائية أن يتقدم الخصوم بمستنداتهم إلى المحاكم وليس لهم أن يجبروا خصومهم على إبراز ما في أيدهم ومع ذلك فقد رأت أنه يسوغ لخصم أن يطلب الزام خصمه بتقديم المستندات والأوراق المنتجة في الدعوى التي تكون تحت يده في أحوال ثلاثة منصوص عليها في هذه المادة وهي .

- (أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه وفي القانون البينات السورى : « إذا كان القانون المدنى أو التجارى يجيز ... » ومثال ذلك الحالات التى نص عليها القانون التجارى وإباح للمحكمة أو تحكم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الزام التاجر بتقديم دفاتره التجارية .

- (ب) إذا كان المحرر مشتركا بينه وبين خصمه وقد أعطى المشروع مثلا خاصا لهذه الحالة حالة ما إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة . وهذه الحالة الخاصة أوردت على سبيل المثال .

(مادة ٩٤)

إذا أثبت الطالب طلبه أمرت المحكمة بتقديم المحرر في الحال أو في أقرب موعد تحدده وإذا لم يثبت طلبه وأنكر الخصم كان له أن يطلب من القاضي تحليله اليمين « بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به » .

(م ٢٣ اثبات مصرى و ٢٢ بينات سورى و ٤٣ اثبات سودانى) .

المذكرة الإيضاحية :

يكون اثبات الطالب طلبه بأثبات وجود الورقة التي وصفها وأنها تحت يد الخصم وأن الخصم ملزم قانوناً بتقديمها لكونها مما يندرج في عداد الحالات المذكورة في المادة ٩٢ من هذا المشروع وعليه أن يراعى في هذا الإثبات الأحكام الواردة في هذا المشروع . فإذا أثبت الطالب طلبه أمرت المحكمة بالزام الخصم بتقديم المحرر في الحال أو في أقرب موعد تحدده . أما إذا لم يثبت الطالب طلبه فإن له أن يطلب من القاضي توجيه اليمين إلى المدعى عليه وقد رؤى بيان صيغة اليمين على النحو الوارد في المادة .

(مادة ٩٥)

إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع من حلف اليمين المذكورة ، اعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشككه وموضوعه .

(م ٢٤ اثبات مصرى و ٢٣ بينات سورى وأنظر ٤٤ اثبات سودانى ونفسها : « إذا اقتنعت المحكمة بوجود المستندات تحت يد الخصم المطالب بتقديمها في الموعد الذي حددته أو امتنع عن حلف اليمين المذكور في المادة ٩٣ ، كان لخصمه الحق في اثبات محتوى تلك المستندات بأي طريق من طرق الإثبات وجاز تحميل الخصم المتأنسح مصروفات ذلك الإثبات أيا كانت نتيجة الفصل في الدعوى » .

(مادة ٩٦)

إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به في الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة في ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل .

(ج) إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى ومن أمثلة ذلك ما إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به فلا يجوز له سحبه بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي (م ٩٧ من هذا المشروع) .

وهذه الحالات الثلاث التي وردت في المادة جاءت على سبيل الحصر .

ويلاحظ أن الفصل في طلب الخصم الزام خصمه بتقديم المحرر متروك لتقدير قاضي الموضوع وللقاضي عدم قبول الطلب إذا رأى أن الورقة غير منتجة في الدعوى وله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته .

ويلاحظ أن قانون الإثبات السوداني لم يحدد حالات خاصة ونص المادة ٤٢ منه كما يأتي :

«يجوز للخصم أن يطلب من المحكمة تكليف خصمه بأن يظهر المستندات الموجودة في حيازته أو التي تحت تصرفه والمتعلقة بأية مسألة من المسائل المتنازع عليها ، متى كان ذلك ضرورياً للفصل في الدعوى أو لتوفير المصروفات » .

(مادة ٩٢)

يجب أن يبين في هذا الطلب :

(أ) أوصاف المحرر الذي يعينه .

(ب) فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل .

(ج) الواقعة التي يستدل به عليها .

(د) الدلائل والظروف التي تؤيد أنه تحت يد الخصم .

(هـ) وجه الزام الخصم بتقديمه .

(م ٢١ اثبات مصرى و ٢١ بينات سورى) .

المذكرة الإيضاحية :

المقصود بالفقرة (هـ) أن يبين الطالب أن الحالة المعروضة هي إحدى الحالات التي حددتها المادة السابقة على سبيل الحصر .

(مادة ٩٣)

لا يقبل الطلب إذا لم تراعى أحكام المادتين السابقتين .

(م ٢٢ اثبات مصرى) .

القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد الا أن يستند اليها في اثبات حق له .

على أنه يجوز للقاضي أن يرفض اصدار الأمر بعرض الشيء اذا كان لمن احرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه .

ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض مالم يعين القاضي مكانا آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدما ، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن احرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض .

(م ٢٧ اثبات مصرى) .

المذكرة الايضاحية :

١ - كانت هذه المادة من بين مواد مشروع القانون المدني المصري الحالي (م ٢٧٣) وحذفت في لجنة المراجعة لأنها ادخل في قانون المرافعات .

وهذا النص يتيح العمل على حسم المنازعات ويبتعد بالمنازعة امام القضاء عن مجال المباحرة .

٢ - ويجب لترتيب الالتزام الذي قرره النص توافر شروط ثلاثة : (ا) اولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصيا كان الحق او عينيا .

(ب) والثاني أن يكون الشيء المدعى به في يد شخص آخر ، على سبيل الحيازة او الاحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصما في الدعوى أم لم يكن خصما فيها .

(ج) والثالث أن يكون فحص الشيء ضروريا للبت في الحق المدعى به ، من حيث وجوده ومداه ويرجع تقدير هذه الضرورة الى القاضي .

فيجوز مثلا لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشبهه في حيازته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لو ارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه في الأجر ، بعد أن آل اليه هذا الحق من طريق الميراث .

٣ - فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سنداً او وثيقة فيلاحظ أمران : اولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضروريا للبت في وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل مجرد الاستناد اليها في اثبات حق للطالب . والثاني أن للقاضي أن يأمر ، عند الاقتضاء ، بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب .

فيجوز مثلا لمشتري الأرض ، اذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تعسفاً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ليستخلص منه الدليل على التعسف .

(م ٢٥ اثبات مصرى و ٢٤ بينات سورى الا أن فيها : « . . . فلا يجوز له سحبه الا برضاء خصمه وبإذن خطي من رئيس المحكمة بعد أن تحفظ صورة مصدقة عنه في اخطارة الدعوى » وم ٤٦ اثبات سوداني ونص الفقرة الثانية منها : « لا يجوز للخصم سحب المستندات التي قدمها الا بأمر المحكمة وبعد أن تحفظ منها صورة في ملف الدعوى يؤشر عليها بمطابقتها للأصل » .

(مادة ٩٧)

يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في ادخال الغير لزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة .

(م ٢٦ اثبات مصرى و ٢٥ بينات سورى بدون « ولو أمام محكمة الاستئناف » . وبإضافة فقرة ثانية نصها : « يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تقرر جلب أسناد وأوراق من الدوائر الرسمية السورية اذا تعذر ذلك على الخصوم » وم ٤٧ اثبات سوداني ونصها : « للمحكمة أن تأمر أو تأذن بادخال الغير لزامه بتقديم مستند تحت يده وذلك في الأحوال والأوضاع المنصوص عليها في المواد ٤٢ و ٤٣ و ٤٤ . ولها كذلك أن تطلب من الجهات الإدارية أن تقدم مالدتها من المعلومات والوثائق اللازمة للفصل في الدعوى متى رأت المحكمة أن ذلك لا يضر بمصلحة عامة » .

المذكرة الايضاحية :

استكمالا للقواعد السابقة ومراعاة لصالح الخصم الذي يفيد من الورقة أجاز القانون ، اذا كانت الورقة المطلوب تقديمها تحت يد شخص خارج عن الدعوى ، للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة ثاني درجة أن تأذن في ادخال الغير لزامه بتقديم ورقة تحت يده وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها بالنسبة الى الزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده عملاً بالمادتين ٩٢ و ٩٣ من هذا المشروع ويقدم طلب الادخال في هذه الحالة من الخصم الذي يستفد من الورقة ومتى ادخل الغير في الدعوى أصبح خصما فيها وأصبح للمحكمة قبله سلطة الحكم عليه بالغرامة اذا امتنع عن الامتثال لأمرها فضلا عن حق الخصم في الرجوع عليه بالتعويض اذا أضر به عدم تقديم الورقة .

(مادة ٩٨)

كل من حاز شيئاً او أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقا متعلقا به متى كان فحص الشيء ضروريا للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقا بسندات او أوراق أخرى ، للقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة الى

المذكرة الإيضاحية :

العرض من هذا النص تمكين القاضي من تعجيلة ما يتروءد في صدره من الشك في صحة الورقة المقدمة اليه سواء اطلع الخصوم فيها ام لم يطعنوا . وهذا النص لا يغني عنه ما هو مقرر له من سلطة الحكم بتزوير الورقة أو بصحتها بغير حاجة الى تحقيق لأن استعمال هذه السلطة مشروط بأن يطلب الخصم استبعاد الورقة المقسمة من خصمه .

وحكم هذه المادة يكمل بحكم المادة ١٣٠ من هذا المشروع التي تقضى بأن المحكمة اذا ظهر لها بجلاء أن الورقة مزورة كان لها من تلقاء نفسها أن تحكم برد الورقة وبطلانها .

(مادة ١٠٠)

انكار الخط أو الختم أو الامضاء أو بصمة الأصبع يرد على المحررات غير الرسمية ، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية .

(م ٢٩ اثبات مصرى و ٢٧ بينات سورى و ٢٤ اثبات سودانى و ١٢٩ - ١٤٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الإيضاحية :

تفرق هذه المادة بين المحرر العرقى والمحرر الرسمى . فالمحرر العرقى يحتمل الانكار والظعن بالتزوير فلصاحب التوقيع أن يقتصر على الانكار فيلجأ المحتج بها الى اجراءات تحقيق الخطوط ويقع عليه لا على صاحب التوقيع عبء الاثبات ، وله أن يطعن في الورقة بالتزوير ويقع عليه عندئذ عبء الاثبات . أما المحرر الرسمى فلا سبيل الا الطعن بالتزوير . ومرجع التفرقة بين النوعين من المحررات أن الورقة الرسمية تحمل توقيع الموظف العام الذى ونقها ، وفى هذا الموظف من الضمانات وعليه من المسئولية ما يسمح بافتراض صحة صدور الورقة الرسمية ممن وقع عليها فاذا أراد الطعن فيها فسيبيله الطعن بالتزوير وعليه عبء الاثبات ، بخلاف المحرر العرقى فلا يتوافر فيه هذه الضمانات فاذا أنكر المنسوب اليه التوقيع توقيعيه فعلى المتمسك بالمحرر أن يثبت صحته عن طريق اجراءات تحقيق الخطوط .

الفرع الاول

انكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع وتحقيق الخطوط

(مادة ١٠١)

اذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو امضاءه أو ختمه أو بصمة اصبعه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه ، وكان المحرر منتجا في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة

٤ - اذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضى أن يأمر بعرض الشئ أو الوثيقة المطلوبة الا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائل مثلا .

٥ - والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشئ وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضى أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن في تقديم الشئ أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه ، ويجوز الرامه اذا رأى القاضى ذلك ، بتقديم تأمين لضمان ما قد يصيب محرز الشئ من ضرر من وراء هذا العرض .

والنص كما يبدو من عباراته كثير الفروض وقد اجتهدت هذه المذكرة في ضبط النص ما وسعها ذلك ولكنه بطبيعته يستعصى على الانصاف وفائدته مرهونة بالاعتدال في تطبيقه عملا والا فانه قد يؤدي الى خلاف المقصود من وضعه .

وهناك مادتان في قانون الاثبات السودانى ليس لهما مقابل في المصرى هما م ٤٥ و ٤٨ ونصهما :

م ٤٥ : يجوز للخصم أن يطلب من المحكمة اعلان أى خصم أشار في مرافعاته الى وجود أى مستند ويطلب منه فى الاعلان تقديم ذلك المستند للاطلاع عليه ، فاذا لم يستجب الخصم لما طلب اليه فى الاعلان جاز للمحكمة ، متى اقتنعت بأن تقديم ذلك المستند ضرورى للفصل فى النزاع ولا يتعلق بحق خاص به وليس له أى عذر آخر يبرر عدم تقديمه ، أن تمنعه من التمسك به كدليل له فى الدعوى .

م ٤٨ : تسرى احكام هذا الفصل (الأدلة المكتوبة) على الأشياء المادية التى يستند اليها كدليل فى الدعوى بالقدر الذى يتفق وطبيعة تلك الأشياء .

الفصل الرابع

اثبات صحة المحررات

(مادة ٩٩)

للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشف والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من اسقاط قيمته فى الاثبات أو انقاصها .

واذا كانت صحة المحرر محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى صدر عنه أو الشخص الذى حرره ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيه .

(م ٢٨ اثبات مصرى و ٢٦ بينات سورى و ٢١ - ٢٢ اثبات سودانى) .

(مادة ١٠٤)

يكلف قلم الكتاب الخبير الحضور أمام القاضي في اليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق .
(م ٣٣ اثبات مصرى و ١٤٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

(مادة ١٠٥)

على الخصوم أن يحضروا في الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق على ما يصلح منها لذلك . فان تخلف الخصم المكلف بالاثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الاثبات . واذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها .
(م ٣٤ اثبات مصرى و ٣١ بينات سورى) .

(مادة ١٠٦)

على الخصم الذى ينازع في صحة المحرر أن يحضر بنفسه للاستكتاب في الموعد الذى يعينه القاضي لذلك ، فان امتنع عن الحضور بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر .

(م ٣٥ اثبات مصرى و ٣٢ بينات سورى و ٢٩ اثبات سودانى)

(مادة ١٠٧)

تكون مضاهاة الخط أو الامضاء أو ختم أو بصمة الأصبع الذى حصل انكاره على ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة الأصبع .

(م ٣٦ اثبات مصرى و ٣٣ بينات سورى و ١٤٦ - ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٢٨ اثبات سودانى) .

(مادة ١٠٨)

لا يقبل للمضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم الا :

(أ) الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على محررات رسمية .

(ب) الجزء الذى يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضى تحقيقه .

(ج) خطه أو امضاءه الذى يكتبه أمام القاضي أو البصمة التى يطبعها أمامه .

(م ٣٧ اثبات مصرى و ١٤٦ - ٤ و ٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٣٤ بينات سورى و ٢٨ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

بين في هذه المادة الأوراق التى تصلح للمضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم على سبيل الحصر فلا يقبل غيرها للمضاهاة ولا يحتاج قبولها لاتفاق الخصوم .

الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة أصبعه - أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما .

(م ٣٠ اثبات مصرى و ١٤١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٢٨ بينات سورى و ٢٥ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

الورقة العرفية تستمد قوتها في الاثبات من اعتراف من تشهد عليه بصحتها فاذا انكرها زال ما لها من قوة في الاثبات وكان على المتمسك بها أن يثبت صحتها باجراءات تحقيق الخطوط وهى مجموع الاجراءات التى رسمها القانون ليثبت بها المتمسك بورقة عرفية صحتها اذا انكرها من تشهد عليه أو خلفه .

وللمحكمة أن تقضى فوراً بصحة الورقة أو باستبعادها بغير تحقيق اذا رأت أن وقائع الدعوى ومستنداتها كافية في ذاتها لاقتناعها . ولها أن تحيل الدعوى على التحقيق .

وللمحكمة اذا أحالت الدعوى على التحقيق الخيار في أن تجرى التحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بالاثنتين معاً .

(مادة ١٠٢)

يحرر محضر تبين به حالة المحرر وأوصافه بياناً كافياً ويوقعه رئيس الجلسة وكاتب المحكمة والخصوم ويجب توقيع المحرر ذاته من رئيس الجلسة والكاتب .

(م ٣١ اثبات مصرى و ١٤٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٢٩ بينات سورى و ٢٦ اثبات سودانى ونصها : " يحضر محضر تبين به حالة المحرر الذى حصل انكاره بياناً كافياً ويؤشر على المحرر باسم مقلده وتاريخ تقديمه ورقم الدعوى المقدم فيها ويوقع من القاضي ويودع خزانة المحكمة ") .

(مادة ١٠٣)

يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على :

(أ) ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق .

(ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء .

(ج) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق .

(د) الأمر بإيداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته على الوجه المبين بالمادة السابقة .

(م ٣٢ اثبات مصرى و ٣٠ بينات سورى وعجز م ٢٦ اثبات سودانى و ١٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

(مادة ١١٤)

إذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من أنكره بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز خمسين جنيها .

(م ٤٣) اثبات مصرى و ١٥٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٣٨ بينات سورى وفيها : « بغرامة ٥٠ الى ١٥٠ ليرة سورية . ولا يحول ذلك دون الحكم للفريق الآخر بالعدل والضرر اذا كان هناك سوء نية » . و ٣٤ اثبات سودانى ونصها : « اذا انتهت المحكمة الى صحة المحرر يحكم على من أنكره بغرامة لا تجاوز عشرين جنيها ولا يحكم عليه بشئ ما اذا ثبت بعض ما ادعاه » .

(مادة ١١٥)

إذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق فى اثبات صحته أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة .

(م ٤٤) اثبات مصرى) .

(مادة ١١٦)

يجوز لمن بيده محرر غير رسمى أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بامضائه أو بصمة أصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء ويكون ذلك بدعوى أصلية بالأجراءات المعتادة .

(م ٤٥) اثبات مصرى و ٣٩ - ١ بينات سورى) .

(مادة ١١٧)

إذا حضر المدعى عليه وأقر ، أثبتت المحكمة إقراره ، وتكون جميع المصروفات على المدعى ويعتبر المحرر معترفاً به ، إذا سككت المدعى عليه أو لم ينكره أو لم ينسبه الى سواء .

(م ٤٦) اثبات مصرى و ٣٩ - ٢ بينات سورى) .

(مادة ١١٨)

إذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة فى غيبته بصحة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع . ويجوز استئناف هذا الحكم فى جميع الأحوال .

(م ٤٧) اثبات مصرى و ٣٩ - ٣ بينات سورى الا ان فى هذه . ويجوز الاعتراض على هذا الحكم فى جميع الأحوال .

(مادة ١١٩)

إذا أنكر المدعى عليه الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع فيجوز التحقيق طبقاً للقواعد المتقدمة .

(م ٤٨) اثبات مصرى و ٣٩ - ٤ بينات سورى) .

(مادة ١٠٩)

يجوز للقاضى أن يأمر بإحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التى تكون بها أو ينتقل مع الخبير الى محلها للاطلاع عليها بغير نقلها .

(م ٣٨) اثبات مصرى و ١٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٣٥ بينات سورى و ٣٠ اثبات سودانى) .

(مادة ١١٠)

فى حالة تسليم المحررات الرسمية لقلم الكتاب تقوم الصور التى تنسخ منها مقام الاصل متى كانت ممضاة من القاضى المنتدب والكتاب والموظف الذى سلم الاصل . ومتى أعيد الاصل الى محله ، ترد الصورة المأخوذة منه الى قلم الكتاب ويصير الفاؤها .

(م ٣٩) اثبات مصرى و ١٤٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

(مادة ١١١)

يوقع الخبير والخصوم والقاضى والكتاب على أوراق المضاهاة قبل الشروع فى التحقيق ويذكر ذلك فى المحضر .

(م ٤٠) اثبات مصرى و ١٤٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٣٦ بينات سورى) .

(مادة ١١٢)

تراعى فيما يتعلق بأولى الخبرة القواعد المقررة فى الباب المتعلق بالخبرة .

(م ٤١) اثبات مصرى و ١٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٣٧ بينات سورى و ٣٣ - ٢ اثبات سودانى) .

(مادة ١١٣)

لا تسمع شهادة الشهود الا فيما يتعلق باثبات حصول الكتابة أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع على المحرر المقتضى تحقيقه ممن نسبت اليه .

وتراعى فى هذه الحالة القواعد المقررة فى الباب الخاص بشهادة الشهود (م ٤٢) اثبات مصرى و ٢٧ - ١ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

الشاهد الذى يدعى للشهادة انما يشهد على أنه رأى من تشهد عليه الورقة يكتبها أو يوقع عليها ولكنه لا يشهد على حصول التصرف الذى أجراه الخصوم بينهم فيجب التفرقة بين التصرف فى ذاته والدليل لاثباته فالانكار ينصب على التوقيع ولا شأن له بالتصرف المثبت بالمحرر وعلى ذلك لا يمنع الحكم بصحة الورقة من الطعن على التصرف الثابت فيها بالبطلان لأحد أسباب البطلان .

الفرع الثاني

الادعاء بالتزوير

(مادة ١٢٠)

يكون الادعاء بالتزوير في أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير في قلم الكتاب وتبين في هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها والا كان باطلا .

ويجب أن يعلن مدعى التزوير خصمه في الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير واجراءات التحقيق التي يطلب اثباته بها ، والا جاز الحكم بسقوط ادعائه .

(م ٤٩ اثبات مصرى و ١٥٤ و ١٦٠ و ١٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٤٠ بينات سورى وهى تقابل الفقرة الأولى من هذه المادة و ٣٦ - ١ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

رؤى أن يستعمل هنا عبارة « الادعاء بالتزوير » بدلا من عبارة « الطعن بالتزوير » كى تخلص كلمة « الطعن » للطعن فى الأحكام والقرارات ، ولأن لفظ « الادعاء » فى هذا السياق أدل على الخصم المكلف بالاثبات .

وقد أوجبت هذه المادة أن يقدم الادعاء بالتزوير بتقرير فى قلم الكتاب تحدد فيه مواضع التزوير كلها فان خلا عن هذا التحديد كان باطلا ، كما أوجبت على مدعى التزوير أن يعلن خصمه فى الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير واجراءات التحقيق التى يريد اثباته بها والا جاز الحكم بسقوط ادعائه .

وقد استعملت عبارة « شواهد التزوير » بدلا من عبارة « أدلة التزوير » لكى يدخل فى مشمولها كل ما يستند اليه مدعى التزوير من وقائع وقرائن وظروف وإمارات وظروف ما كان منها سبيل اثباته شهادة الشهود أو تحقيق الخبراء وما كان من قبيل المقرائن المستفادة من الوقائع النابتة من الدعوى .

(مادة ١٢١)

على مدعى التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرز المطعون عليه أن كان تحت يده - أو صورته المعلقة إليه - فان كان المحرز تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب ايداعه قلم الكتاب .

فاذا امتنع الخصم عن تسليم المحرز وتعذر ضبطه اعتبر غير موجود ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد ان أمكن .

(م ٥٠ اثبات مصرى و ١٥٦ و ١٥٧ و ١٥٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٤٢ بينات سورى و ٣٧ اثبات سودانى) .

(مادة ١٢٢)

إذا كان المحرز تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد اطلاعه على التقرير أن يكلف فوراً أحد المحضرين بتسليم ذلك المحرز أو ضبطه وايداعه قلم الكتاب .

فاذا امتنع الخصم عن تسليم المحرز وتعذر ضبطه اعتبر موجود ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد ان أمكن .

(م ٥١ اثبات مصرى و ١٥٧ - ١٥٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٣٧ اثبات سودانى) .

(مادة ١٢٣)

إذا كان الادعاء بالتزوير منتجا فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بصحة المحرز أو بتزويره ورات أن اجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن فى مذكرته منتج وجائز أمرت بالتحقيق .

(م ٥٢ اثبات مصرى و ٤٣ بينات سورى و ٣٨ - ١ اثبات سودانى مع زيادة « بالمضاهاة أو بشهادة الشهود أو بكليهما » .

المذكرة الايضاحية :

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة التالية .

(مادة ١٢٤)

يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التى قبلت المحكمة تحقيقها والاجراءات التى رأت اثباتها بها وعلى سائر البيانات المذكورة فى المادة ١٠٤ من هذا القانون .

(م ٥٣ اثبات مصرى و ١٦٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و م ٤٤ بينات سورى)

المذكرة الايضاحية :

متى حصلت المرافعة على أساس المذكرة المبين بها شواهد التزوير نظرت المحكمة فيما اذا كان الادعاء بالتزوير منتجا فى النزاع . فان وجدته منتجا ولم تجد فى وقائع الدعوى وأوراقها ما يفيها فى تكوين اقتناعها بصحة الورقة أو تزويرها ورات أنه لا بد لذلك من اجراء التحقيق الذى طلبه مدعى التزوير فى مذكرته أمرت بالتحقيق (م ١٢٤) وكان عليها أن تبين فى حكمها الصادر بالتحقيق الوقائع التى قبلت تحقيقها والاجراءات التى رأت اثباتها بها الى غير ذلك من البيانات الوارد ذكرها فى هذه المادة والمادة ١٠٤ من هذا القانون .

وليس مما يحتاج الى بيان أن المحكمة متى أمرت بالتحقيق لا يكون لها أن تتعرض لتقدير سائر القرائن التى ساقها مدعى التزوير لتأييد مدعاه فان ذلك لا يكون له محل الا بعد الفراغ من التحقيق وعند الفصل فى صحة الورقة على أساس جميع الأدلة القائمة فى الدعوى ما استجد منها نتيجة التحقيق وما كان مقدما من قبل .

المذكرة الإيضاحية :

يترتب على صدور الحكم بالتحقيق في الادعاء بالتزوير إيقاف صلاحية الورقة للتنفيذ إذا أن المحكمة لا تحكم بالتحقيق عملاً بالمادة ١٢٤ من هذا القانون إلا إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة الورقة أو تزويرها والا إذا رأت أن إجراء التحقيق نفسه منتجاً وجائزاً .

(مادة ١٢٧)

إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيهاً ولا تجاوز مائة جنية .

ولا يحكم عليه بشيء إذا ثبت بعض ما ادعاه .

(م ٥٦) أثبات مصرى و ١٧١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٤٧ بينات سورى في فقرتها الأولى : « حكم عليه بغرامة نقدية من ١٠٠ الى ٢٥٠ ليرة سورية ولا يحول ذلك دون الحكم للفريق الآخر بالعلل والضرر إذا كان هناك سوء نية » أما الفقرة الثانية فمثل الفقرة الثانية ٣٩ هنا « وأثبات سودانى » .

(مادة ١٢٨)

للمدعى عليه بالتزوير إنهاء إجراءات الادعاء في أية حالة كانت عليها بفزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه .

وللمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه إذا طلب مدعى التزوير ذلك لمصلحة مشروعة .

(م ٥٧) أثبات مصرى و ١٦٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : يجوز للمدعى عليه بالتزوير أن يوقف سير التحقيق فيه إذا أقر بأنه غير متمسك بالسند المدعى التزوير فيه « و ٤٨ بينات سورى وقد أضيفت فيها فقرة ثالثة نصها : « ولها (أى للمحكمة) أن تقرر اتلاف الورقة أو السند أو شطبه كله أو بعضه أو إصلاحه » و ٤٠ أثبات سودانى) .

(مادة ١٢٩)

يجوز للمحكمة - ولولم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة - أن تحكم برد أى محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور .

ويجب عليها في هذه الحالة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي ثبتت منها ذلك .

(م ٥٨) أثبات مصرى و ١٦٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

ولما كانت الوقائع التي قد ترى المحكمة اثباتها بالتحقيق لا يدخل أفرادها تحت حصر وكثيراً ما تخرج عن مجرد كون الخط المنسوب إلى مدعى التزوير هو خطه فإن القانون لم يجد موجبا للنص على تعيين الطريقة التي يجرى بها التحقيق كما فعل في تحقيق الخطوط بل ترك الأمر في ذلك إلى القواعد الخاصة بكل طريقة من طرق التحقيق لكنه مع ذلك لم يجد بدا من النص على أنه إذا اقتضت الحال أن يؤمر بالتحقيق بالمضاهاة فإن التحقيق يكون وفق الأوضاع والقواعد المقررة للتحقيق بالمضاهاة في الفرع الخاص بتحقيق الخطوط .

ولم يجد هذا القانون داعياً للنص على وقف الدعوى لسبب الادعاء بالتزوير كما نص في المادة ١٥٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « يترتب على الطعن بتزوير الورقة إيقاف السير في الدعوى إذا لم يكن للمدعى دليل آخر لاثباتها » . ذلك لأن هذا الادعاء لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع في ذات موضوع الدعوى . فالسير في تحقيقه لا يكون إلا من قبيل المضي في إجراءات الخصومة الأصلية شأنه في ذلك شأن أية منازعة عارضة كدفع مانع من قبول الدعوى أو كاية منازعة في واقعة من وقائعها يحتاج اثباتها إلى تحقيق ويتوقف عليها الحكم . والحق أنه كلما كان الادعاء بالتزوير منتجاً في أصل النزاع فلا يتصور إمكان الحكم في الدعوى قبل الفصل في أمر التزوير .

والواقع أن المبرر لعقد فرع خاص بالادعاء بالتزوير هو الاعتراف لبعض الأوراق بحجية خاصة لا يكفي لدفعها مجرد انكار الورقة إلا أن رعاية هذه الحجية لا تقتضى تعطيل الدعوى ولا غل يد قاضيها بترك تسيير إجراءات التحقيق والعودة إلى الموضوع لمشيئة الخصوم وإنما يكفي فيها بعض أوضاع تكفل إلا يقدم على الادعاء بالتزوير إلا خصم جاد مثابر مستعد على الاثبات .

(مادة ١٢٥)

ويجرى التحقيق بشهادة الشهود وفقاً للقواعد المقررة لذلك . (م ٥٤) أثبات مصرى و ١٦٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقد اقتصر على التحقيق بالمضاهاة وم ٤٥ بينات سورى ونصها : « تقام البينة على التزوير بجميع طرق الاثبات » وتطبق أحكام المادتين ٣١ و ٣٢ حين التحقيق في التزوير بالتطبيق (أى بالمضاهاة) و ٣٨ - ٢ أثبات سودانى) .

(مادة ١٢٦)

الحكم بالتحقيق عملاً بالمادة ١٢٤ من هذا القانون يوقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون إخلال بالإجراءات التحفظية . (م ٥٥) أثبات مصرى و ٤٦ بينات سورى) .

(مادة ١٣٠)

يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة .

وتراعى المحكمة في تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها في هذا الفرع والفرع السابق عليه .

(م ٥٩ اثبات مصرى و٤٩ بينات سورى) .

المذكرة الإيضاحية :

أجيز في هذه المادة دعوى التزوير الأصلية فأبىح لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة عليه أن يختصم من بيده الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها وذلك بدعوى أصلية وبالإجراءات المعتادة . وتراعى المحكمة في هذه الدعوى وفي الحكم فيها القواعد المنصوص عليها في شأن الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط بقدر ما يتفق العمل بهذه القواعد مع طبيعة الدعوى الأصلية .

الباب الخامس

اليمين

حجيتها :

اليمين طريق من طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ، واقتضد هنا يمين الخصم لا الشاهد ، والسند في ذلك الأحاديث الآتية :

— عن ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه . وللبهقي بإسناد صحيح «البيئة على المدعى واليمين على من أنكر» .

(بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩) .

— وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم عرض على قوم اليمين فأسرعوا فأمر أن يسلمهم بينهم في اليمين أيهم يحلف . رواه البخارى .

(قال الخطابى : معنى الاستهام هنا «الاقتراع» يريد انهما يقتترعان فأيهما خرجت له القرعة حلف وأخذ ما ادعى) .

(بلوغ المرام ، رقم ١٢١٠ ص ٢١٩) .

— وعن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «ومن اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة» .

(بلوغ المرام رقم ١٢١١ ص ٢٢٠)

— وعن الأشعث بن قيس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «من حلف على يمين يقتطع بها مال امرئ مسلم هوفيهما فاجر لقي الله وهو عليه غضبان» متفق عليه .

(بلوغ المرام ، رقم ١٢١٢ ص ٢٢٠)

— وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق . رواهما الدار قطنى ، وفي إسنادهما ضعف (بلوغ المرام ١٢١٧ ص ٢٢١) .

(مادة ١٣١)

تكون تادية اليمين بأن يقول الحالف «حلف بالله» ويذكر الصيغة التى أقرتها المحكمة ، ولمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة في ديانتها إذا طلب ذلك .

(م ١٧٤٣ من المجلة ونصها : إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله والله أو بالله مرة واحدة بدون تكرار ١٢٧ - ١٢٨ اثبات مصرى و١٢٩ - ١٣٠ بينات سورى وفيها : «بأن يقول الحالف : والله» وم ٧٩ - ٦ و٢ اثبات سودانى) .

المذكرة الإيضاحية :

أريد في هذه المادة بيان صيغة اليمين التى يؤديها الخصم .

والمقرر في الفقه الإسلامى أن اليمين تكون بالله عز وجل وكذا بأى صفة من صفاته كالرحمن والرحيم .

والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : «من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر» . وقوله عليه الصلاة والسلام : «من حلف بغير الله فقد أشرك» .

وقد تؤكد اليمين بذكر أوصافه تعالى كأن يقول : «والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان على ولا قبلى هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه» . وذلك لأن أحوال الناس شتى : فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك ، وله أن يزيد على هذا أن شاء وله أن ينقص منه . ولو أمر القاضى بعطف بعض أسماء الله على بعض فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها . ولو لم يغلف جاز .

وقيل لا يغلف على المعروف بالصلاص ويغلف على غيره .

وقيل يغلف في الخطير من المال دون الحقير .

ولو غلط عليه فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لأن المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل .

ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق لمخالفة ذلك للحديث . قال صاحب النهادية : وقيل في زماننا إذا الح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ولكن

أن يحلف بالنيابة ممن يقوم مقامه اذ القاعدة هي أن النيابة تجرى في الاستحلاف ولا تجرى في الحلف ، ووجه ظاهر .

وعلى ذلك اذا وجهت اليمين من المدعى الى أحد هؤلاء فحلف فلا يترتب على حلفه أو نكوله حكم ، والواجب في هذه الحالة تحليف ذي الشأن الأصلي متى كان أهلا لأداء اليمين والا كانت الحجة بالنسبة له قاصرة على بينة المدعى لكن يجوز لكل واحد من هؤلاء أن يحلف على فعل نفسه من عقد أو تصرف بأمره .

(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٣٩)

ولو كلاء الدعاوى أن يحلفوا الأخصام اذا فوض الموكلون اليهم ذلك . أما اذا توجهت اليمين الى الموكل فانه يلزمه أن يحلف هو نفسه . ومثل الوكيل الوصي والمتولى وأبوالصغير فانهم يمكنون الاستحلاف ولا يحلف أحد منهم الا اذا ادعى عليه العقد .

ومما يتفرع على هذا أنه اذا ادعى أحد على الميت مالا فله أن يحلف كل الورثة ولا يكتفى بيمين أحدهم لأن النيابة لا تجرى في الحلف ولو ادعى الورثة مالا لمورثهم على انسان وحلف أحدهم المدعى عليه عند القاضي كفى ذلك فليس لبقية الورثة أن يحلفوه لأن النيابة تجرى في الاستحلاف .

(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٨ ، والدور والتكملة)

(مادة ١٢٤)

اذا حلف أحد على فعله يحلف على البتات . واذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم .

(م ١٧٤٨ من المجلة وأنظر م ١١٥ اثبات مصرى و ٤١١ مدنى مصرى و ١١٤ بينات سورى) .

المذكرة الإيضاحية :

الضابط للتحليف أنه أن كان على فعل نفسه فهو على البتات والقطع كان يحلف بالله ما اشترى أو ما باع . . . الخ وأن كان على فعل غيره يكون على العلم كان يحلف بالله ما يعلم أن على مورثه الدين الذى يدعيه فلان ولا شيء منه . وذلك لأنه اذا حلف على فعل غيره على البتات وهو لا يحيط علما بما فعل غيره فربما يمتنع عن اليمين مع كونه محقا فيما يقول فيتضرر . فاكفى بتحليفه على العلم رفعا للخرج عنه حتى اذا امتنع عن الحلف في هذه الحالة اعتبر نكوله عند أبى حنيفة بدلا أى تركا للخصومة وعند الصحابين اقرارا أى بدلا عن الاقرار وقائما مقامه (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤١ وما بعدها) .

قالوا : ومع ذلك اذا جازف وحلف على البتات اعتبر يمينه لأن البتات أكد من العلم ، ولو تعين أن يحلف على البتات فحلف على العلم لا يعتبر ذلك ولا تسقط عنه اليمين ووجه ظاهر .

(أنظر الهداية . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٣) .

واليمين دائما تكون على النفى حتى يتأتى بها الاستيعاب وهي أما على نفى الفعل أو نفى العلم وأما على نفى السبب أو نفى الحكم (أحمد إبراهيم طرق القضاء ، ص ٢٥٨ و ٢٥٣ وما بعدها) . و م ١٧٤٩ من المجلة .

الظاهر أنه يراد بهذه اليمين (بالطلاق) التخويف وطمأنينة المدعى ولكن لا يقضى بالنكول فيها .

ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام .

(انظر أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٨ - ٢٥٢ . وتبصرة الأحكام ، ١ : ١٨٤ - ١٨٥ . والكاسانى ، البدائع ، ٦ : ٢٢٧ - ٢٢٨ . وأبن نجيم ، البحر الرائق : ٧ : ٢١٣) .

والقاضى يعرض اليمين على المدعى عليه بأن يقول له : انى أعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه . فاذا كور العرض عليه ثلاث مرات ولم يحلف قضى عليه بالنكول . وهذا التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء الأعذار فهو للاستحباب والمذهب انه لو قضى بالنكول بعد ان عرض مرة جاز وهو الصحيح . والاولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات وصورة ذلك أن يقول القاضى للمدعى عليه : احلف بالله مال هذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولأشئ منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول له : بقيت الثالثة ثم اقضى عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعى .

(الهداية وشروحها . وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٣٩ - ٢٤٠)

(مادة ١٢٢)

يعتبر فى حلف الأخرس ونكوله أشارته المعهودة أن كان لا يعرف الكتابة فان كان يعرفها فحلفه ونكوله بها .

(م ٢٠٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وم ١٧٥٢ من المجلة و ١٢٩ اثبات مصرى ، ١٣١ بينات سورى) .

المذكرة الإيضاحية :

نص فى المجلة فى المادة ١٧٥٢ على أنه "تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة" - وقد روى الأخذ بما نص عليه فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى المادة ٢٠٤ من أن الإشارة تعتبر اذا لم يكن الأخرس يعرف الكتابة اما أن كان يعرف الكتابة فيكون حلفه ونكوله بالكتابة فذلك أدق وأضبط كما فى الاقرار : لا يعتبر اقراره بالإشارة اذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة (م ١٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

(مادة ١٢٣)

تجوز النيابة فى التحليف ولكن لا تجوز فى اليمين . ولا يجوز للوكيل فى الخصومة طلب اليمين من الخصم الآخر الا بتوكيل خاص .

(م ٢٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وم ١٧٤٥ من المجلة وقد اقتصر على الفقرة الاولى)

المذكرة الإيضاحية :

يجوز لمن ينوب عن صاحب الحق بوكالة أو وصاية أو ولاية توجيه اليمين بواسطة القاضى الى المدعى عليه . ولكن لا يجوز لواحد من هؤلاء

وإذا افتدى يمينه أو صالح عنها فقد سقط حق المدعى في تلك اليمين
فليس له أن ينقض ما حصل ويستحلف المدعى عليه ثانياً لأن الساقط
لا يعود .

(الهداية وشروحها : واحد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٧) .

(مادة ١٢٨)

إذا عجز المدعى عن اثبات دعواه وطلب تحليف خصمه فحلف أو نكل
حكم بمقتضى الحلف أو النكول .

(م ١٩٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وم ١٧٤٢ و ١٧٥١ من المجلة)

(وانظر في اليمين الحاسمة م ١١٢ و ١١٣ بينات سورى و ٤٧٨ مدنى
عراقى و ٤١٠ مدنى مصرى و ١١٤ اثبات مصرى و ٧٥ اثبات سودانى
و ١١٢ - ١١٣ بينات سورى) .

المذكورة الايضاحية :

١ - بعد تمام دعوى المدعى يسأل القاضى المدعى عليه عما قاله
المدعى فان اقر المدعى عليه بما قاله المدعى الزمه القاضى بما اقر به ،
وان انكر سأل البينة فان عجز حلف المدعى عليه بطلب المدعى ،
فان حلف بغير المدعى فى يده ومنع المدعى من اعترض له ويسمى هذا
قصاء ترك . وان نكل قضى عليه بما ادعاه المدعى قضاء استحقاق
لما لو ثبت بالافترار أو البينة

إذا قال المدعى لى بينة على دعواى فاما أن تكون بينة حاضرة بمجلس
القاضى ، أو حاضرة بالمصر الذى فيه القاضى ، أو غائبة عنه .

فان كانت البينة غائبة عن المصر وطلب المدعى يمين المدعى عليه
أجابه القاضى الى طلبه اتفاقا تيسيرا عليه وعلى خصمه فى رفع المثوبة
والانتظار .

وان كانت البينة حاضرة بمجلس القاضى وطلب يمين خصمه لا يجيبه
القاضى الى طلبه بالاتفاق لارتفاع الحرج عن المتخاصمين بحضور
البينة .

وان كانت البينة حاضرة بالمصر وطلب يمين خصمه : فعلى قول
ابى حنيفة لا يجيبه القاضى الى طلبه بل يكلفه احضار البينة . وعلى قول
ابى يوسف يجيبه الى طلبه ولا يكلفه احضار البينة . ومحمد مع
ابى يوسف على رواية الخصاف ومع أبى حنيفة على رواية الطحاوى
كما فى الهداية .

استدل أبو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام : « البينة على المدعى
واليمين على من انكر » ومعلوم أن كلمة « على » تفيد الوجوب فالمنكر
مستحق عليه اليمين والمستحق لها هو المدعى فاليمين اذن حق للمدعى
على المدعى عليه . وأظهر من هذا قوله عليه الصلاة والسلام : « لك
يمينه » حيث أضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص .

(مادة ١٢٥)

لا يعتبر الحلف أو النكول الا اذا كان أمام المحكمة :

(م ١٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و م ١٤٤٤ و ١٧٤٧
و ١٧٥١ من المجلة) .

المذكورة الايضاحية :

يشترط أداء اليمين أمام القاضى .

فاذا اصطالحا على أن يحلف عند غير القاضى ويكون بريئا فهو باطل
لأن استحليف حق القاضى بطلب المدعى فلا عبرة ليمين ولا نكول عند
غير القاضى .

وفى تبصرة احكام (١ : ١٩٢) : « وإذا حلف الخصم دون حضور
خصمه لم يجزئه ايمين . وكذلك اذا بدر باليمين بحضور خصمه قبل
أن يسأله ذلك فان لم يرض بها لم تجزه » .

وفى القانون : اليمين إما أن تكون قضائية تؤدى أمام القضاء أو غير
قضائية تؤدى أن يقع على تأديتها فى غير مجلس القضاء . واليمين غير
القضائية ليس بها أحكام خاصة بل تتبع فى شأنها القواعد العامة .
أما اليمين القضائية فهى المقصودة هنا وهى التى تكون أمام المحكمة .
(انظر السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ٢٦٥ ص ٥١٤ - ٥١٥) .

(مادة ١٢٦)

إذا اجتمعت دعاوى مختلفه يكفى فيها يمين واحدة على جميعها
ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة .

(م ٢٠٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و م ١٧٥٠ من المجلة)

المذكورة الايضاحية :

تعرض هذه المادة لحالة ما اذا اجتمعت دعاوى مختلفه فالحكم
فى هذه الحالة أنه تكفى يمين واحدة عن الكل كما لو ادعى عليه دراهم
وذنائب وعروضا وعقارا مثلا وانكر المدعى عليه واراد تحليفه فالقاضى
يجب على الكل ويحلفه يميناً واحدة .

(احمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٧ - ٢٥٨ ، وانظر تبصرة
الحكام ١ : ١٩٢ - ١٩٣ و ١٩٤ - ١٩٥)

(مادة ١٢٧)

من افتدى يمينه أو صالح عنه بمقدار من المال سقط حق المدعى
فى تلك اليمين .

المذكورة الايضاحية :

من ادعى على آخر مالا فانكره فطلب يمينه فافتداها أو صالح
عنها على مقدار من المال جاز ذلك . والافتداء يكون بمال مثل المدعى
أو أقل منه ، وأما الصلح عن اليمين فيكون على مال أقل من المدعى
فى الغالب لأن الصلح ينبىء عن الخطيئة وكلاهما مشروع وقد افتدى
بثمان رضى الله عنه يمينه .

أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق ، فقال صلى الله عليه وسلم
لحضرته : الك بينة ؟ قال : لا . قال : فلك يمينه . فقال بأرسول
الله : الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من
شيء . قال : ليس لك منه الا ذلك . فانطلق ليحلف فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لما أدبر الرجل . أما لئن حلف على ماله لياكله
ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض .

فهذه الأحاديث وما في معناها تدل على أن البينة على المدعى واليمين
على المدعى عليه .

وقد ذهب الجمهور وحملوا ما ورد في ذلك على عمومته في حق كل
أحد سواء أكان بين المدعى والمدعى عليه اختلاط في المعاملة أم لا .

واشترط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدعى والمدعى عليه
اختلاط في المعاملة لئلا يتبدل أهل السفة أهل الفضل بتحليفهم مراراً
ولهم في ذلك استثناءات .

(انظر التبصرة ، ج ١ ، ص ١٩٦ - ٢٠١) .

وقال الاصطخري من الشافعية : ان قرائن الحال اذا شهدت بكذب
المدعى لم يلتفت اليه .

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ٢٣٥ - ٢٣٦ والسنهوري ،
الوسيط ج ٢ الهامش ٢ ص ٥٢٤ - ٥٢٥) .

واذا برهن المدعى على دعواه فطلب المدعى عليه من القاضي أن يحلف
المدعى على أنه محق في الدعوى أو على أن الشهود محقون في الشهادة
لا يجيبه القاضي الى ما طلب - قالوا لانه خلاف الشرع (أحمد ابراهيم
ص ٢٥٩) .

هل يشترط طلب الخصم اليمين :

الدعوى اما أن تكون من حقوق العباد أو من حقوق الله (أي دعوى
حسبة) . فان كانت من حقوق الله فالذي يوجه اليمين فيها الى المدعى
عليه هو القاضي محافظة على حق الله تعالى ولو لم يطلب المدعى ذلك
منه (م ٢٠٣ من اللانحة) ويظهر ذلك في دعوى الطلاق والعق
واشياء ذلك .

واما ان كانت الدعوى من حقوق العباد فالقاضي هو الذي يوجه
اليمين الى المدعى عليه لكن بشرط طلب المدعى ذلك منه فان حلفه
القاضي من تلقاء نفسه أو حلفه المدعى بدون توجيه اليمين من القاضي
فالأحكام التي تبني على ذلك باطلة (انظر م ١٧٤٧ من المجلة) .

قال في تنصرة الحكام (ج ١ ص ١٨٩) : فصل - لابد من
حضور المحلوف له أو وكيله لتقاضى اليمين فان تغيب وكل القاضي
من يقتضيها اذا ثبت عنده تغيبه ولا يحلف القاضي المدعى عليه

واستدل أبو حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم للمدعى : الك
بينة ؟ فقال : لا ، فقال «ك يمينه» فقد ذكر اليمين بعدما عجز المدعى
عن البينة وهذا يدل على أن ثبوت حق المدعى في اليمين مرتب على عجزه
عن اقامة البينة .

واذا كانت البينة حاضرة بالمصر فكانها كالحاضرة بمجلس القاضي
بجامع القدرة على اقامتها في كل .

وظاهر المادة ١٩٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التمشي مع
قول أبي حنيفة اذا جاء فيها ما نصه : « اذا عجز المدعى عن اثبات دعواه
أو اعتبر عاجزاً وطلب تحليف خصمه لحلف أو نكل حكم بمقتضى
الحلف أو النكل » .

وانما صارت اليمين حقاً للمدعى لأن المنكر قصد اتواء حقه على زعمه
بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس
ان كان كاذباً كما يزعم المدعى وهذا اعظم من اتواء المال . فان كان
الحالف صادقاً حصل له الثواب بذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم .

واذا حلف القاضي المدعى عليه بطلب المدعى فالحلف فالمدعى لا يزال على
دعواه ولا دطل حقه يمين المدعى عليه الا انه ليس له أن يخاصمه بعد ذلك
مالم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها وقضى له بها غير
ان المدعى اذا كان قد حصر شهوده أو قال لا بينة لي : فعلى قول
أبي حنيفة لا تقبل منه البينة بعد ذلك للتناقض الظاهر ، وعلى قول
محمد يجاب الى طلبه وتسمع بينته لانه ربما كان له بينة في الواقع
ولم يعرفها ثم عرفها أو نسبها ثم تذكر . ومذهب محمد هو الظاهر من
الوحدة النظرية وعلمه الثبوت غير أن في العمل بقول أبي حنيفة اقضالا
لساب كبر من أبواب التزوير فكان هو الأرجح من الوحدة العملية
وهو المختار في المجلة (انظر المادة ١٧٥٣) وفي اللانحة غير أنه
استثنى في اللانحة شهادة الحسنة لأنها من حقوق الله (انظر المادتين
١٩١ و ١٩٦ منها وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٣١ - ٢٣٥) .

٤ - واليمين على المدعى عليه لأحاديث كثيرة منها :

ما روى البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن
النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه .
وروى أحمد ومسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
لو عظم الناس بدعواهم لأدعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن
اليمين على المدعى عليه .

وأخرج السهقي هذا الحديث بإسناد صحيح بلفظ : البينة على
المدعى واليمين على من أنكر .

وروى مسلم والترمذي وابن ماجه : جاء رجل من حضرموت
ورحل من كندة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للحضرته :
«ارسول الله ان هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي ، قال الكندي هي

وقال في التبصرة (١ : ١٩١) « وإذا تم نكوله بالنطق أو الامتناع من اليمين على ما تقدم تم قال بعد ذلك أنا أحلف لم يقبل منه ولم يلزم ذلك خصمه الآن يشاء وهذا مثل من قام له شاهد بحق وأبى أن يحلف معه ورد اليمين على المطلوب ثم بدا له وأراد أن يحلف فليس له ذلك » .

(مادة ١٤٠)

يجب على من يوجه إلى خصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استخلاصها عليها ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة .
(م ١٢٢ اثبات مصرى ٧٦ - ١ اثبات سودانى وم ١٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « يجب على المحكمة أن تبين في محضرها الوقائع التي يستحلف الخصم عليها » وعلى من توجهت عليه أن يحلف كما قررت المحكمة » .

(مادة ١٤١)

للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها .

(م ١٢٣ اثبات مصرى ٧٧ - ١ اثبات سودانى وم ١٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وتقدم نصها) .

(مادة ١٤٢)

إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا فى جوازها ولا فى تعلقها بالدعوى وجب عليه أن كان حاضرا بنفسه أن يحلفها فوراً والا اعتبر ناكلاً . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادا للحلف إذا رأت لذلك وجها .
فإن لم يكن حاضرا وجب تكليفه على يد محضر الحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفى اليوم الذى حددته ، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلاً كذلك .
(م ١٢٤ اثبات مصرى ٢٠٠ - ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و٢٦٦ بينات سورى ٧٨ اثبات سودانى) .

المذكرة الإيضاحية :

أخذ فى هذه المادة بمذهب أبى حنيفة . بعدم رد اليمين خلافا لمن يقول يردّها أو يردّها فى بعض الأحوال وعدم ردّها فى البعض الآخر (ابن القيم ، الطرق الحكيمة ، ص ١١٦ وما بعدها ، وأحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٦٣ - ٢٦٩) والقانون بأخذ برد اليمين (راجع المواد المشار إليها فيما سبق) .

(مادة ١٤٣)

إذا نازع من وجهت إليه اليمين فى جوازها أو فى تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه ، بينت فى منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلم هذا المنطوق للخصم أن لم يكن حاضرا بنفسه ويتبع ما نص عليه فى المادة السابقة .

(م ١٢٥ اثبات مصرى و١٢٧ بينات سورى)

الا بسؤال خصمه أو قرينة حال تدل على طلبه لذلك من القاضى »
قاله المازرى .

وقال فيها أيضا (١ : ١٩٠) :

« فصل - فى حكم النكول عن اليمين - وتنعى به نكول المدعى عليه أو المدعى إذا توجهت عليه اليمين فنكل عنها : ولا يثبت الحق على المدعى عليه بمجرد نكوله كمذهب أبى حنيفة بل لابد مع نكوله من يمين المدعى ويتم نكوله بقوله لا أحلف وكذلك قوله أنا ناكل عن اليمين أو بقوله للمدعى أحلف انت . وأما تماديه على الامتناع من اليمين فإن كان مع نطقه بمثل هذه الألفاظ فلا اشكال وإن كان بدون حسنة الألفاظ فهو يشبه الامتناع من الجواب وقد تقدم حكم ذلك فى القسم الثالث من أقسام الجواب عن الدعوى » .

وأبو حنيفة يعتبر النكول بذلا - أى تركا للمنازعة (لا الهبة والتملك) . وعند الصاحبين النكول اقرار أو قائم مقام الاقرار (أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٠ وما بعدها) .

وانظر تكملة فتح القدير ، ٦ : ١٦٣ - ١٦٥ والسنهورى ، الوسيط ، ج ٢ الهامش ٤ ص ٥٧٠) .

(مادة ١٣٩)

إذا كلف القاضى من توجه إليه اليمين ، فى الدعاوى المتعلقة بالمعاملات ، باليمين ونكل عنها صراحة بقوله لا أحلف أو دلالة بالسكوت بلا عذر حكم القاضى بنكوله وإذا أراد أن يحلف بعد الحكم فلا يلتفت إليه ويبقى الحكم على حاله .
(م ١٧٥١ من المجلة) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - هل يفترض القضاء فور النكول أى عقبه بدون تراخ ؟ فى المسألة خلاف . قال فى الدر : انه لم ير فى ذلك ترجيحاً . وفى تكملة الفتح أن فيه اختلافا ولم يذكر الترجيح أيضا .

٢ - قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف فلا يلتفت إليه والقضاء على حاله لأنه أبطل حقه بالنكول فلا ينقض القضاء . وانما قيدنا بالقضاء لأنه لو نكل ثم أراد أن يحلف بعد نكوله قبل القضاء جاز ذلك وقبل منه لأن النكول لا يصير حجة ملزمة الا اذا اتصل به القضاء ولو كان حلقه بعد العرض ثلاثا وهذه جهة أخرى لضعف النكول لأن المدعى عليه يملك ابطاله قبل القضاء مع أنه لا يملك ابطال الاقرار الصادر عنه .

٣ - أما لو قضى عليه بالنكول ثم جاء المدعى بالبينه فانه يقضى بها كما يقضى بها بعد الاقرار وفائدة قبولها بعد لزوم حق المدعى بالقضاء تنفيذ الحكم الى غيره .

٤ - لو ادعى على آخر ديناً مؤجلاً فأنكر لا يحلف على الدين المؤجل فى اظهر القولين وعلمه الحموى بأنه قبل حلول الأجل لا تسوغ له المطالبة به حتى يترتب على انكاره التحليف .

(أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٧ - ٢٤٨)

(مادة ١٤٦)

القرينة الشرعية تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

(م ٤٠٤ مدني مصري و ٩٩ اثبات مصري و ٥٠٢ مدني عراقي و ٨٩ بينات سوري و ٦٧ اثبات سوداني) .

المذكرة الإيضاحية :

١ - يتناول هذا النص حجية القرائن الشرعية ويورد بشأنها قاعدتين : الأولى تتعلق بمن تقرر القرينة لمصلحته . والثانية تتعلق بمن يحتج عليه بالقرينة .

٢ - القاعدة الأولى : لا يعدو موقف من يتمسك بقرينة عن مجرد الاستناد الى واقعة شرعية يفترض القانون قيامها ويقبل بذلك من تحمل عبء اقامة الدليل عليها ، بيد أن هذه الاقالة لا تتناول الا تلك الواقعة ممثلة في القرينة الشرعية ذاتها ، بمعنى ان من واجب من يتمسك بقرينه من القرائن أن يقيم الدليل على اجتماع الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها .

٣ - القاعدة الثانية : يفرق الفقه بالنسبة لحجية القرائن بين القرائن القاطعة أو المطلقة ، وهي التي لا يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس ، وبين القرائن البسيطة وهي التي يجوز اسقاط دلالتها باقامة الدليل العكسي . ويفرق الفقه كذلك بين اثبات العكس بالاقرار واليمين وبين اثبات العكس بسائر الطرق القانونية كالكتابة واليمين والقرائن وغيرها .

ويراعى أن هذه القاعدة الثانية تقضي وفقا لهذا النص بأن الأصل في القرينة هو جواز اثبات العكس والاستثناء هو عدم جواز ذلك .

(مادة ١٤٧)

١ - الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة . ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محللا وسببا .

٢ - وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها .

(م ٤٠٥ مدني مصري وم ١٠١ اثبات مصري و ١٨٤٠ من المجلة) .

(مادة ١٤٤)

إذا كان لمن وجهت اليه اليمين عذر يمنعه من الحضور انتقلت المحكمة أو ندبت أحد قضاتها لتحليفه .

(م ١٢٦ اثبات مصري و ٢٠٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأضافت « بحضور الخصم الآخر » و ١٢٨ بينات سوري مع اضافة : « ويحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكتاب » و ٨١ اثبات سوداني) .

(مادة ١٤٥)

يحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكتاب .

(م ١٣٠ اثبات مصري وعجز ١٢٨ بينات سوري و ١٩٩ و ٢٠٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

الباب السادس

القرائن

تمهيد

تنقسم القرائن الى قرائن شرعية وقرائن قضائية ، والأولى ما نص عليه الشارع أو استنبطه أئمة الشريعة باجتهادهم ، والثانية ما يستنبطه القاضي من الحادثة التي ينظرها وما يكتنفها .

القرينة الشرعية :

يعرف الشرع الاسلامي القرائن الشرعية (القانونية) ومنها :

- ثبوت نسب الولد من أبيه وهو الزوج شرعا فالولد للفراش وقيام الزوجية قرينة على أن الولد من الزوج . وهذه القرينة تقبل اثبات العكس . ولكن بطريق خاص وهو طريق اللعان .

- الحكم بموت المفقود اذا مات أقرانه واتخاذ ذلك قرينة على موته .

- التصرف في مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية .

- تصرفات المفلس الضارة بالدائنين مردودة لقيام القرينة على سوء قصده .

- وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على ايفاء الدين .

(نظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٤٢٧ - ٤٣٠ والسنيهوري الوسيط ج ٢ الهامش ١ ص ٦٠٠ - ٦٠١ . وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ص ٢٠٢ و ج ٢ ص ١١١ . وابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٣ وما بعدها و ٤٦ وما بعدها) .

(مادة ١٤٨)

لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي الا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا .

(م ٤٠٦ مدني مصري ١٠٢ اثبات مصري م ١٨٤٠ مجلة) .

المذكرة الايضاحية :

١ - ان حجية الاحكام الجنائية تنطوي على معنى الاطلاق من ناحية ومعنى الاقتضار من ناحية اخرى .

(١) فهي مطلقة بمعنى ان ما تقضى به المحاكم الجنائية يكون ملزما للكافة . وذلك اتقاء لتعارض الاحكام .

(ب) وهي قاصرة بمعنى ان نطاق الزامها لا يجاوز ما قضى به فعلا ، اى ما فصل فيه الحكم . ففي حالة عدم الحكم بعقوبة يجوز للقاضي المدني ان يحكم على المتهم بالتعويض ، دون ينطوي حكمه هذا على تعارض مع الحكم الجنائي . فالواقع ان عدم القضاء بالعقوبة قد يرجع الى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالتقادم أو بالعفو الشامل ، واذا ذلك لا يحكم القاضي بالعقوبة لتوافر هذا السبب أو ذاك ، دون ان يفصل في الواقعة التي أسست عليها الدعوى الجنائية . وما دام القاضي الجنائي قد اقتصر على الفصل في أن الواقعة المنسوبة الى المتهم يتمتع توقيع عقوبة بشأنها ، فللقاضي المدني والحالة هذه ، ان يقضى بالتعويض ، دون ان يعارض بذلك ما قضى به جنائيا ، وأن يؤسس قضاءه على الواقعة نفسها ، بوصفها تقصيرا مدنيا وقع من المتهم . ثم ان الحكم بالبراءة قد لا ينفي قيام التقصير المدني أيضا ، اذ ليس ثمة تلازم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية . فيجوز ان يقتصر نطاق الدعوى العمومية على فعل معين لا يستتبع مسؤولية جنائية ، ولكنه يستتبع مسؤولية مدنية . وفي هذه الحالة تفصل المحكمة الجنائية في المسؤولية الجنائية وحدها وتقضى بالبراءة ، ولو أن الواقعة التي فصلت فيها أو وقائع اخرى لم تنظر فيها قد تكون أساسا لدعوى مدنية فيجوز مثلا أن يبرأ المتهم من جريمة مخالفة قواعد المرور مع الحكم عليه بالتعويض عن تقصير مدني لا يصدق عليه وصف الجريمة . فاذا اقتصر القاضي الجنائي على الفصل في أن الواقعة المنسوبة الى المتهم لا تعتبر جريمة جاز للقاضي المدني ان يقضى بالتعويض دون أن يناقض بذلك ما قضى به جنائيا .

٢ - فالشرط الجوهرى في انتفاء حجية الاحكام الجنائية الصادرة بالبراءة ، أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة ، أمام المحاكم المدنية ، هو اقتضار القاضي الجنائي على الفصل في الواقعة الجنائية دون الفصل في نسبتها .

المذكرة الايضاحية :

١ - تتصل حجية الشيء المقضى به بأثار الاحكام . ولم تقتصر هذه المادة على اقامة قرينة الحجية دون جواز قبول أى دليل لنقضها ، بل تناولت أيضا موضوع هذه الحجية وشروطها . وهذا هو منحى بعض التقنيات الأجنبية . على أن التقنين البرتغالى لا يدرج حجية الشيء المقضى به في عداد القرائن بل يدخلها في نطاق الأدلة الكتابية . والواقع أن حجية الشيء المقضى به تنطوي على معنى الدليل ، وإن كانت قاعدة من قواعد نظام القضاء ، ولذلك رؤى إبقاء النص الخاص بها في هذا المشروع بين النصوص الخاصة بالقرائن الشرعية ، على غرار ما هو متبع في اكثر التقنيات .

٢ - وتقوم حجية الشيء المقضى به هو ما يفرضه القانون من صحة مطلقة في حكم القاضي فهذه الحجية تفترض تنازعا بين المصالح يستتبع التراجع الى القضاء وليس شك في أن صحة الحكم لا تعتبر حتما تقتضيه طبيعة الأشياء ذلك أن القضاة تعوزهم العصمة شأنهم في هذه الناحية شأن البشر كافة . بيد أن المشروع أطلق قرينة الصحة في حكم القاضي . فأساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشيء المقضى به .

ويرمى الشارع من وراء تقرير حجية الشيء المقضى به الى كفالة حسن سير العدالة وضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية . فحكم القضاء يجب أن يضع حدا لكل نزاع ما دامت طرق الطعن المقررة قد استنفدت بازائها ويجب كذلك أن تكون بآمن من التعارض مع حكم لاحق - وهو أمر يصبح يسير الوقوع لو أبيع عود الخصوم أنفسهم الى عين الدعوى التي قضى فيها نهائيا .

٣ - وينحصر أثر القرينة القانونية الخاصة بحجية الشيء المقضى به في تخويل الخصوم حق الدفع بسبق الفصل وفي تخويل المحاكم حق اثارته من تلقاء نفسها - ويراعى ان هذا الدفع يعتبر دفعا قطعيا بعدم القبول ، يترتب عليه امتناع التقاضي بالنسبة لكل طلب أو ادعاء جديد بين الخصوم أنفسهم متى اتحد مع ما سبق الفصل فيه سببا وموضوعا . وعلى هذا النحو يتمتع على الخصوم التراجع الى القضاء لاعادة طرح نزاع سبق الفصل فيه .

٤ - ولعلنا يتعلق بالفقرة الثانية من هذه المادة فإن المراد ان المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى أو بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها اذا كانت الدعوى قد رفعت بعد سابقة صدور حكم في موضوعها مع وحدة الخصوم والسبب .

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للخصم أن يتنازل عن الحكم الصادر لمصلحته الا اذا تنازل عن الحق الثابت بهذا الحكم وانتهى بهذا التنازل النزاع الذي تناوله الحكم .

(م ١٣١ اثبات مصرى و ٢٠٧ و ٢٠٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية مع عدم ذكر البطلان و ١٣٤ بينات سورى ونصها :

١ - يجوز للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم معاينة المتنازع فيه بجلبه إلى المحكمة أو الانتقال إليه ولها أن تنتدب أحد قضاتها لهذه الغاية .

ويذكر في القرار الصادر في هذا الشأن موعد المعاينة .

٢ - ولها أن تنيب عنها في ذلك المحكمة التي يقع في منطقتها الشيء المتنازع فيه . وفي هذه الحالة يبلغ قرار الانابة إلى رئيس هذه المحكمة ويتضمن جميع البيانات المتعلقة بالخصوم وموضوع المعاينة .

وم ١٣٧ ونصها :

١ - يحضر محضر بالأعمال المتعلقة بالمعاينة ويودع اخصبار الدعوى .

٢ - وإذا عهد بالمعاينة إلى محكمة أخرى بطريق الانابة وجب على هذه المحكمة أن توافي المحكمة التي قررت المعاينة بمحضرها .

وم ٨٤ اثبات سودانى ونصها :

١ - للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة الشيء المتنازع فيه .

٢ - تحرر المحكمة محضرا تبين فيه جميع ملاحظاتها دون أن تثبت انطباعاتها عن المعاينة أو رأيها الخاص » (

(مادة ١٥١)

للمحكمة أولم تنديه من قضاتها حال الانتقال تعيين خير للإستعانة به في المعاينة ، ولها وللقاضى المنتدب سماع من يرى سماعه من الشهود وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويا من كاتب المحكمة .

(م ١٣٢ اثبات مصرى و ٢١٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها :

« يجوز للمحكمة أو لمن تنديه من قضاتها تعيين أهل خبرة للإستعانة به في المعاينة » وم ١٣٦ بينات سورى ونصها : « للمحكمة أو القاضى الذى انتدب للمعاينة ، وللمحكمة المناوبة لهذه الغاية تعيين خبراء يتولون القيام بمهمتهم على الفور أو سماع من يكون سماعه ضروريا من الشهود » وم ٨٥ اثبات سودانى ونصها :

« للمحكمة تعيين خير للإستعانة به في المعاينة ولها كذلك سماع من ترى لزوما لسماعه من الشهود . وتكون دعوة هؤلاء للحضور بالطريقة التى تراها المحكمة مناسبة »

ويتحقق هذا الشرط متى قضى الحكم بأن الواقعة لم يعد وجه لاستيفاء العقوبة بشأنها ، أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة) . ولكن لو فرض أن القاضى أسس البراءة على نفى نسبة الواقعة إلى المتهم ، كان لحكمه قوة الشيء المقضى به بشأن هذه النسبة ، وتعين على القاضى المدنى أن يفصل طبقا لهذا القضاء .

القرينة القضائية :

(مادة ١٤٩)

يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الاثبات بالشهادة .

(م ٤٠٧ مدنى مصرى و ١٧٤٠ - ١٧٤١ من المجلة)

المذكرة الإيضاحية :

١ - يقوم الاثبات بالقرائن غير المقررة فى القانون على تفسير القاضى لما هو معلوم من الامارات والوقائع تفسيراً عقلياً لتكوين اعتقاده ، من طريق استخلاص الواقعة المجهولة التى يواد إقامة الدليل عليها من مقومات هذا المعلوم .

٢ - شروط قبول الاثبات بالقرائن :

ويرد الاثبات بالقرائن فى المرتبة الثانية ولذلك نص على أنه ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الاثبات بالشهادة ، ويتفرع على ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الاثبات بالشهادة تسرى على القرائن دون استثناء .

٣ - حجية القرائن :

وللقاضى كل السلطة فى تقدير حجية القرائن ، على أن اجماع الفقه قد انعقد على أن القاضى لا يتقيد بعدد القرائن ولا بتطابقها فقد تجزى قرينة واحدة متى توافرت على قوة الاقتناع .

الباب السابع

المعاينة

(مادة ١٥٠)

للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو أن تندب أحد قضاتها لذلك .

وتحرر المحكمة أو القاضى محضرا تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة والا كان العمل باطلا .

(مادة ١٥٢)

يجوز لمن يختص بمصالح معالمة واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة وتراعى في هذه الحالة الأحكام المبينة في المواد السابقة .

(م ١٣٣ اثبات مصرى)

(مادة ١٥٣)

يجوز للقاضي في الحالة المبينة في المادة السابقة ، أن يندب أحد الخبراء للانتقال للمعاينة وسماع الشهود بغير يمين . وعندئذ يكون عليه أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله .

وتتبع المواعيد المنصوص عليها في الباب الخاص بالخبرة .

(م ١٣٤ اثبات مصرى)

الباب الثامن

الخبرة

المذكرة الإيضاحية :

للخبرة سندها في الفقه الاسلامي وفيما يلى بعض اقوال الفقهاء في أهل الخبرة وكذا في القافة وهي تطبيق للاستعانة بأهل الخبرة .

قال في تبصرة الحكام ، ٢ : ٧٤ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ :

« في القضاء بقول أهل المعرفة : ويجب الرجوع الى قول أهل البصر ومعرفة النخاسين في معرفة عيوب الرقيق من الاماء والعبيد » .

ص ٧٦ : تنبيه : في شهادة عرفاء البنيان والقسام في عيوب الدار .

ص ٧٧ : فصل في اختلاف أهل المعرفة .

ص ٧٨ : ويرجع الى . . . أهل المعرفة في عيوب الدور وما فيها من الصدوع والشقوق ومنازل العيوب . فرع - ويرجع الى أهل المعرفة من التجار في تقويم المتلفات وعيوب الثياب . فرع - ويرجع الى أهل المعرفة والنساء في عيوب الفرج وفي عيوب الجسد مما لا يطلع عليه الرجال . فرع - ويرجع الى أهل المعرفة بالجوائح وما ينقص من الثمار . فرع - وكذلك يرجع الى أهل المعرفة بمسائل الضرر مما يحدثه الانسان على جاره او في الطرقات وأنواع ذلك » .

وقال ابن القيم في الطرق الحكيمة (ص ١٢٨) : « ومنها ما يختص بمعرفة أهل الخبرة والطب كالموضحة وشبهها وداء الحيوان الذي لا يعرفه الا البيطار فيقبل في ذلك شهادة طبيب واحد وبيطار واحد اذا لم يوجد غيره - نص عليه احمد » وكذا المغنى ، ١٢ : ١٦١

وفي ابن القيم أيضا (ص ١٠) : « ومن ذلك حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه من بعده رضى الله عنهم بالقافة وجعلها دليلا من أدلة ثبوت النسب وليس هنا الا مجرد الامارات والعلامات » . وكذلك ص ٢١٦ - ٢٣٦ .

وتبصرة الحكام ، ٢ : ١٠٨ - ١١١ : « الباب التاسع والستون : في القضاء بالقافة » .

وقد وردت الاستعانة بأهل الخبرة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٠ في الفصل الثامن من الباب الثالث وعنوانه « في أهل الخبرة » في المواد من ٢١٨ الى ٢٤١ ونص في المادة ٢١١ أنه « اذا رأت المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة عينت واحدا أو ثلاثة ممن تثق بهم » .

وفي المادة ٢٤٠ أنه « لا تكون المحكمة مقيدة برأى أهل الخبرة » . ثم نقل ذلك الى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في الفصل الثامن من الباب الثالث تحت عنوان « في أهل الخبرة » في المواد من ٢١٨ الى ٢٤١ .

(مادة ١٥٤)

للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة ويجب أن تذكر في منطوق حكمها :

(أ) بيانا دقيقا لمأمورية الخبير والتدابير العاجلة التي يؤذن له في اتخاذها .

(ب) الأمانة التي يجب ايداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير واتعابه والخصم الذي يكلف ايداع هذه الأمانة والأجل الذي يجب فيه الايداع والمبلغ الذى يجوز للخبير سحبه لمصروفاته .

(ج) الأجل المضروب لايداع تقرير الخبير .

(د) تاريخ الجلسة التي تؤجل اليها القضية للمرافعة في حالة ايداع الأمانة وجلسة أخرى اقرب منها لنظر القضية في حالة عدم ايداعها .

(هـ) وفي حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل اخبار الخصوم بايداع الخبير تقريره طبقا للاجراءات المبينة في المادة ١٧١ (م ١٣٥ اثبات مصرى و ٢١١ و ٢١٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ١٣٨ و ١٤٠ بينات سورى و ٨٦ - ١ و ٨٧ اثبات سودانى) .

(مادة ١٥٥)

اذا اتفق الخصوم على اختيار خبير أو ثلاثة أقرت المحكمة اتفاقهم . وفيما عدا هذه الحالة تختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها الا اذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة . وعليها حينئذ أن تبين هذه الظروف في الحكم .

بها بأمانة وصدق . ولا ضرورة لحضور الخصوم عند أداء اليمين ولا لابلاغ محضر أدائها » و ٨٩ اثبات سوداني : « على الخبير أن يحلف أمام المحكمة قبل مباشرة مهمته يميناً بأن يؤدي عمله بالصدق والأمانة »

(مادة ١٥٩)

للخبير خلال خمسة الأيام التالية لتاريخ تسلمه صورة الحكم من قلم الكتاب أن يطلب إعفاءه من أداء مأموريته ولرئيس الدائرة التي عينته أو القاضي الذي عينه أن يعفيه منها إذا رأى أن الأسباب التي أيدتها لذلك مقبولة .

ويجوز في الدعاوى المستعجلة أن تقرر المحكمة في حكمها نقص هذا الميعاد .

فإذا لم لم يؤد الخبير مأموريته ولم يكن قد أعفى من أدائها جاز للمحكمة التي تدبته أن تحكم عليه بكل المصروفات التي تسببت في انفاقها بلا فائدة وبالتعويضات إن كان لها محل وذلك بغير اخلال بالجزاءات التأديبية .

(م ١٤٠) اثبات مصرى و ١٤٥ - ١ و ٢ بينات سورى وتقابلان الفقرتين ١ و ٢ من هذه المادة دون الفقرة الثالثة) .

(مادة ١٦٠)

يجوز رد الخبير :

(أ) إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده .

(ب) إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصياً عليه أو قيمياً أو مظلوناً وراثته له بعد موته أو كان له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى .

(ج) إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيمياً عليه مصلحة في الدعوى القائمة .

(د) إذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية ، أو كان بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز .

(م ١٤١) اثبات مصرى ومادة ٢١٧ و ٢١٨ من لائحة ترتيب

المحاكم الشرعية ونص الأولى (م ٢١٧) : « لا يقبل من أحد

الخصوم رد أهل الخبرة المعيّنين بانتخابهم إلا إذا كان سبب

وإذا كان الندب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعى أو أحد الخبراء الموظفين وجب على الجهة الادارية فور اخطارها بإيداع الأمانة تعيين شخص الخبير الذى عهد اليه بالمأمورية وابلغ المحكمة بهذا التعيين ويجرى فى حقه حكم المادة ١٦٠ .

(م ١٣٦) اثبات مصرى و ١٣٩ بينات سورى و ٨٦ - ٢ اثبات سوداني) .

(مادة ١٥٦)

إذا لم تودع الأمانة من الخصم المكلف إيداعها ولا من غيره من الخصوم كان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية وتقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذى لم يتم بدفع الأمانة فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت أن الأعذار التى أيدتها لذلك غير مقبولة .

(م ١٣٧) اثبات مصرى و م ١٤٢ بينات سورى ونصها : « إذا لم يودع من كلف من الخصوم المبلغ الواجب إيداعه خلال المهلة المعينة وفقاً لأحكام المادة ١٤٠ جاز للخصم الآخر أن يقوم بإيداع هذا المبلغ دون اخلال بحقه فى الرجوع على خصمه » . و م ٩٥ اثبات سوداني ونصها :

« (١) تقدر المحكمة أتعاب الخبير ومصروفاته مراعية فى ذلك أهمية الدعوى والأعمال التى قام بها والزمن الذى استغرقه فى أداء المهمة ويلزم بها الخصم الذى طلب ندب الخبير أو كان ندبه فى مصلحته وبعد الحكم فى الدعوى تدخل فى مصروفاتها ويلزم من يقضى الحكم بالزامه بها .

(٢) يجوز للمحكمة عند أمرها بإجراء الخبرة أن تكلف الخصم الذى طلب ندب الخبير أو الذى كان ندبه فى مصلحته أن يودع خزانة المحكمة مبلغاً تقدره لحساب أتعاب ومصروفات الخبير » .

(مادة ١٥٧)

فى اليومين التالين لإيداع الأمانة يدعو قلم الكتاب الخبير - بكتاب مسجل - ليطلع على الأوراق المودعة ملف الدعوى بغير أن يتسلمها ما لم تأذن له المحكمة أو الخصوم فى ذلك وتسلم اليه صورة من الحكم .

(م ١٣٨) اثبات مصرى و ١٤٤ - ١ و ٢ بينات سورى وفيها أن الذى يدعو هو « القاضى المنتدب » .

(مادة ١٥٨)

إذا كان الخبير غير مقيد اسمه فى الجدول وجب أن يحلف أمام قاضى الأمور الوقتية - وبغير ضرورة حضور الخصوم - يميناً أن يؤدي عمله بالصدق والأمانة والا كان العمل باطلاً .

(م ١٣٩) اثبات مصرى و م ١٤٤ - ٣ بينات سورى : « ويتعين على الخبير قبل البدء فى مهمته أن يؤدي أمام القاضى المنتدب يميناً بأن يقوم

على وجه السرعة في طلب الرد في أول جلسة بعد تقديمه ٢٠ - ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر في هذا الطلب بأي طريق ١٠ وم ٨٦ - ٢ اثبات سوداني : « إذا اعترض أحد الخصوم على شخص الخبير الذي عينته المحكمة فصلت في الاعتراض على أساس ما تراه محققا للعدالة بحكم غير قابل لأي طعن » .

(مادة ١٦٥)

على الخبير أن يحدد لبدء عمله تاريخا لا يجاوز الخمسة عشر يوما التالية للتكليف المذكور في المادة ١٥٨ وعليه أن يدعو الخصوم بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة أيام على الأقل يخبرهم فيها بمكان أول اجتماع ويومه وساعته .

وفي حالات الاستعجال : يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة العمل في الثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور على الأكثر وعندئذ يدعو الخصوم بإشارة برقية ترسل قبل الاجتماع الأول بأربع وعشرين ساعة على الأقل - وفي حالات الاستعجال القصوى يجوز أن ينص في الحكم على مباشرة المأمورية فورا ودعوة الخصوم بإشارة برقية للحضور في الحال .

ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير .

(م ١٤٦ اثبات مصرى وم ٢٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « بعد اطلاع الخبير على قرار تعيينه يحضر في اليوم نفسه أمام رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه عند غيابه لتحديد الميعاد الذي يباشر فيه ماتعين له ويكتب محضرا بذلك وعلى الخبير إعلان من لم يكن حاضرا من الخصوم بالميعاد المذكور » وم ١٤٩ بينات سورى ونصها : « ١ - إذا لم يطلب الخبير اعفاءه ولم يرد وجب على القاضي المنتدب أن يعين تاريخا قريبا لبدء أعمال الخبرة على أن لا يتجاوز هذا التاريخ الثمانية أيام التالية لانقضاء المهلة التي يجوز فيها طلب رد الخبير أو لصدور حكم برفض طلب الرد ٢٠ - ويدعو القاضي المنتدب الخبير والخصوم قبل الموعد المعين بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مهل المسافة بمذكرة ترسل بواسطة ديوان المحكمة تتضمن بيان مكان أول اجتماع واليوم والساعة اللذين سينعقد فيهما ، ويقرر اتخاذ كل إجراء من شأنه تيسير العمل وضبطه ٣٠ - ويباشر الخبير عمله ولو في غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح » وم ٩٠ اثبات سوداني « يباشر الخبير عمله ولو تغيب الخصوم بعد دعوتهم على الوجه الصحيح » .

(مادة ١٦٦)

يجب على الخبير أن يباشر أعماله ولو في غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح .

الرد حادثا بعد التعيين : ونص الثانية (م ٢١٨) : « يجوز رد أهل الخبرة إذا كان ممن لا تقبل شهادته شرعا لأحد الخصوم » و ١٤٦ بينات سورى ونصها : « يجوز رد الخبراء للأسباب التي تبرر رد القضاة » .

(مادة ١٦١)

يحصل طلب الرد بتكليف الخبير الخصوم أمام المحكمة أو القاضي الذي عينه وذلك في الثلاثة الأيام التالية لتاريخ الحكم بتعيينه إذا كان هذا الحكم قد صدر بحضور طالب الرد والا ففي الثلاثة الأيام التالية لإعلان منطوق الحكم إليه .

(المادة ١٤٢ اثبات مصرى وم ٢١٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يجب أن يفصل في رد أهل الخبرة في أول جلسة لا لسبب يقتضى التأخير ويذكر في المحضر » وم ١٤٧ - ١ بينات سورى) .

(مادة ١٦٢)

لا يسقط الحق في طلب الرد إذا كانت أسبابه قد طرأت بعد ذلك الميعاد أو إذا قدم الخصم الدليل على أنه لم يعلم بها إلا بعد انقضائه .

(م ١٤٣ اثبات مصرى وم ٢١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) :

« لا يقبل من أحد الخصوم رد أهل الخبرة المعينين بانتخابهم إلا إذا كان سبب الرد حادثا بعد التعيين وم ١٤٧ - ٢ و ٣ بينات سورى : « ٢٠ - لا يسقط الحق في طلب الرد إذا كانت أسبابه قد جرت بعد المدة المذكورة أو إذا قدم الخصم طالب الرد الدليل على أنه لم يعلم بتلك الأسباب إلا بعد انقضائها ٣٠ - ولا يقبل طلب الرد في حق من يختاره الخصوم من الخبراء إلا إذا كان سبب الرد قد جرت بعد أن تم الاختيار » .

(مادة ١٦٣)

لا يقبل من أحد الخصوم طلب رد الخبير المعين بناء على اختيارهم إلا إذا كان سبب الرد قد حدث بعد تعيينه .

(م ١٤٤ اثبات مصرى وم ٢١٧ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ١٤٧ - ٣ بينات سورى) .

(مادة ١٦٤)

يحكم في طلب الرد على وجه السرعة ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر فيه بأي طريق . وإذا رفض طلب الرد حكم على طالبه بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على عشرين جنيها .

(م ١٤٥ اثبات مصرى وم ٢١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يجب أن يفصل في رد أهل الخبرة في أول جلسة لا لسبب يقتضى التأخير ويذكر ذلك في المحضر » و ١٤٨ بينات سورى : « ١ - يفصل

أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضى الأمر سماعهم على أن يكون ذلك دون حلف يمين ٢٠ - يوقع الخصوم على أقوالهم وملاحظاتهم ويوقع غيرهم من الأشخاص على ما يدلون به من أقوال وإذا امتنع أحدهم عن التوقيع يثبت الخبر ذلك في محضر أعماله » .

(مادة ١٦٩)

على الخبر أن يقدم تقريراً موقعاً منه بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها بإيجاز ودقة .

فإذا كان الخبراء ثلاثة فلكل منهم أن يقدم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا تقريراً واحداً يذكر فيه رأى كل منهم وأسبابه » .

(م ١٥٠ اثبات مصرى وم ٢٢٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : يضع أهل الخبرة تقريراً ببيان أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها » وم ١٥١ بينات سورى :

١ - يشفع الخبر محضره بتقرير يضمه نتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي يستند إليها في تبرير هذا الرأى . ويجب أن يكون التقرير دقيقاً وأن يكون موقعاً عليه من الخبر .

٢ - وإذا تعدد الخبراء واختلفوا فعليهم أن يقدموا تقريراً واحداً وأن يذكروا فيه رأى كل منهم وأسبابه ، وم ٩٢ اثبات سودانى ونصها :

١ - يعد الخبر تقريراً بنتيجة فحصه .

٢ - يجب أن يشتمل التقرير على كافة الأمور التي طلب إبداء الرأى فيها مفصلاً والنتائج التي توصل إليها الخبر والأسباب التي بنى عليها رأيه .

٣ - إذا تعدد الخبراء واختلفوا في الرأى تعين أن يذكر في التقرير رأى كل منهم مسبباً .

٤ - يقدم الخبر تقريره ومحضر أعماله الى المحكمة وتعطى صورة من التقرير لمن يطلبها من الخصوم » .

(مادة ١٧٠)

يودع الخبر تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب ويودع كذلك جميع الأوراق التي سلمت اليه فإذا كان مقر المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بعيداً عن موطن الخبر جاز له إيداع تقريره وملحقاته قلم كتاب أقرب محكمة له ، وعلى هذه المحكمة إرسال الأوراق المودعة الى المحكمة التي تنظر الدعوى .

وعلى الخبر أن يخبر الخصوم بهذا الإيداع في الأربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل .

(م ١٤٧ اثبات مصرى وم ٢٢١ - ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « وعلى الخبر اعلان من لم يكن حاضراً من الخصوم بالميعاد المذكور » وم ٢٢٢ : « على الخصوم أو وكلائهم أن يحضروا مع أهل الخبرة وقت مباشرة العمل فإن لم يحضروا أو أحدهم فلاهل الخبرة مباشرة العمل في حالة الغيبة وكان عملهم حينئذ معتبراً » وم ١٤٩ - ٣ بينات سورى : « ويباشر الخبر عمله ولو في غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح » وم ٩٠ اثبات سودانى : « يباشر الخبر عمله ولو تغيب الخصوم بعد دعوتهم على الوجه الصحيح » .

(مادة ١٦٧)

يسمح الخبر أقوال الخصوم وملاحظاتهم ويسمع - بغير يمين - أقوال من يحضرونهم أو من يرى هو سماع أقواله اذا كان الحكم قد اذن له في ذلك .

(م ١٤٨ اثبات مصرى وم ٢٢٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « على أهل الخبرة سماع أقوال الخصوم ومن رخصت له المحكمة بأخذ أقوالهم » وم ١٥٠ - ١ بينات سورى : « يعد الخبر محضراً بمهمته يتضمن بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم وبيان ما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضت الضرورة سماعهم » وم ٩١ - ١ اثبات سودانى : « يعد الخبر محضراً بمهمته يتضمن دعوة الخصوم وأقوال وملاحظات من حضر منهم وما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضى الأمر سماعهم على أن يكون ذلك دون حلف يمين » .

(مادة ١٦٨)

يجب أن يشتمل محضر أعمال الخبر على بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم موقعة منهم مالم يكن لديهم مانع من ذلك فيذكر في المحضر كما يجب أن يشتمل على بيان أعمال الخبر بالتفصيل وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وتوقيعاتهم .

(م ١٤٩ اثبات مصرى وم ٢٢٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يذكر في المحضر المشتمل على أعمال أهل الخبرة أقوال الخصوم ومن رخص له بأخذ أقوالهم ويوقع عليه من الجميع » وم ١٥٠ بينات سورى : « ١ - يعد الخبر محضراً يتضمن بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم وبيان ما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضت الضرورة سماعهم ٢ - ويوقع الخصوم على أقوالهم وملاحظاتهم ويوقع غيرهم من الأشخاص على ما يدلون به من أقوال . وإذا لم يوقعوا ، يذكر السبب في المحضر » .

و ٩١ اثبات سودانى ونصها : « ١ - يعد الخبر محضراً بمهمته يتضمن دعوة الخصوم وأقوال وملاحظات من حضر منهم وما قام به من

(م ١٥١ اثبات مصرى وم ٢٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : ونصها : « يجب على الخبير أن يودع بنفسه أو بمتدوبه الخاص فى قلم كتاب المحكمة تقريره مرفقا بجميع الأوراق التى يكون قد استلمها من الخصوم » .

وم ١٥٢ بينات سورى ونصها : « ١ - على الخبير أو من ينوب عنه بمقتضى توكيل خاص أن يسلم رئيس الكتاب فى المحكمة تقريره وما يلحق به من محاضر الأعمال وما سلم اليه من أوراق ٢٠ - وعلى رئيس الكتاب أن يبلغ صورة عن التقرير للخصوم خلال الثلاثة الأيام التالية لإيداعه » وم ٩٢ - ٤ اثبات سودانى ونصها : « يقدم الخبير تقريره ومحضر أعماله إلى المحكمة وتعطى صورة من التقرير لمن يطلبها من الخصوم » .

(مادة ١٧١)

إذا لم يودع الخبير تقريره فى الأجل المحدد فى الحكم الصادر بتعيينه وجب عليه أن يودع قلم الكتاب قبل انقضاء ذلك الأجل مذكرة يبين فيها ما قام به من الأعمال والأسباب التى حالت دون اتمام مأموريته .

وفى الجلسة المحددة لنظر الدعوى إذا وجدت المحكمة فى مذكرة الخبير ما يبرر تأخيره منحه أجلا لانجاز مأموريته وإيداع تقريره .

فإن لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تزيد على خمسة عشر جنيها ومنحته أجلا آخر لانجاز مأموريته وإيداع تقريره أو استبدلت به غيره والزمته برد ما يكون قد قبضه من الأمانة إلى قلم الكتاب وذلك بغير أخلال بالجزاءات التأديبية والتعويضات إن كان لها وجه .

ولا يقبل الطعن فى الحكم الصادر بإبدال الخبير والزامه برد ما قبضه من الأمانة .

وإذا كان التأخير ناشئا عن خطأ الخصم حكم عليه بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تزيد على خمسة عشر جنيها ، ويجوز الحكم بسقوط حقه فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير .

(م ١٥٢ اثبات مصرى وم ٢٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : ونصها : « إذا لم يقدم أهل الخبرة تقريره فى المدة التى تستلزمها حالة العمل جاز لمن يطلب من الخصوم التعجيل أن يعلنه بالحضور أمام المحكمة بميعاد ثلاثة أيام على الأقل » .

وعلى المحكمة ولو فى غيبته أن تضرب له ميعادا لتقديم تقريره أو تستبدل به غيره .

وم ١٥٧ - ١ بينات سورى ونصها : « ١ - إذا لم يقم الخبير بمهمته ولم يكن قد أعفى منها أو استقال من مهمته بعد أن باشرها حكمت المحكمة عليه بالنفقات التى صرفها بلا فائدة وبرد ما يكون قد قبضه من السلفة ، وبالتعويضات إن كان لها محل . ويجوز للمحكمة علاوة على ذلك أن تحكم عليه بغرامة نقدية من ١٠ ليرات إلى ٣٠٠ ليرة سورية » .

٢ - تطبق الفقرة السابقة أيضا على الخبير الذى قررت المحكمة الاستعاضة عنه بغيره عملا بالفقرة الثانية من المادة ١٥٣ ») .

(مادة ١٧٢)

للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير فى جلسة تحددها لمناقشته فى تقريره إن رأت حاجة لذلك ، ويبدى الخبير رأيه مؤيدا بأسبابه ، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ما تراه من الأسئلة مفيدا فى الدعوى .

(م ١٥٣ اثبات مصرى وم ١٥٤ بينات سورى) :

« ١ - للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تأمر بدعوة الخبير لحضور الجلسة إذا رأت فى تقريره نقضا أو إذا رأت أن تستوضحه فى مسائل معينة ولزامة للفصل فى الدعوى .

٢ - وللمحكمة أن توجه إلى الخبير من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من الأسئلة ما يكون مفيدا فى إيضاح تلك المسائل .

٣ - ولها إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات أن تأمر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم بالقيام بتحقيق فنى جديد أو بعمل تكميلى تعهد به إلى الخبير نفسه أو إلى خبير آخر » .

وم ٩٣ اثبات سودانى ونصها : « للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم دعوة الخبير لمناقشته فى تقريره إذا رأت أنه غير مستوف أو إذا رأت أن تستوضحه فى أمور لازمة للفصل فى الدعوى . ولها إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات التى قدمها الخبير أن تكلفه تلافى الخطأ أو النقص أو تعهد بالمهمة إلى خبير غيره ») .

(مادة ١٧٣)

للمحكمة أن تعيد المأمورية إلى الخبير ليشترك ما تبيته له من وجوه الخطأ أو النقص فى عمله أو بحثه ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق .

(١٥٤ اثبات مصرى وم ١٥٤ - ٣ بينات سورى : « ولها (أى للمحكمة) إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات أن تأمر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم بالقيام بتحقيق فنى جديد أو بعمل تكميلى تعهد به إلى الخبير نفسه أو إلى خبير آخر » وعجز م ١٩٣ اثبات سودانى : « ولها (للمحكمة) إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات التى قدمها الخبير أن تكلفه تلافى الخطأ أو النقص أو تعهد بالمهمة كلها إلى خبير غيره » .

وم ٢٤١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يجوز عند الاقتضاء تكرار تعيين أهل الخبرة السابقين أو غيرهم » .

(مادة ١٧٤)

للمحكمة أن تعين خبيرا لبدء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في المحضر .

(م ١٥٥ اثبات مصرى وم ٢١٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :
« يجوز للمحكمة أن تعين أهل خبرة ليعطوا رأيهم أمام الجلسة شفها بدون احتياج لتقديم تقرير وفي هذه الحالة يكتب رأيهم بمحضر الجلسة » .

وم ١٤٢ بينات سورى : « للمحكمة أن تعين خبراء ليدلوا برأيهم شفويا في الجلسة دون حاجة الى تقديم تقرير وفي هذه الحالة يثبت رأيهم في محضر الجلسة وم ٨٨ اثبات سودانى : « للمحكمة أن تعين خبير أو أكثر لا بداء الراى امامها بالجلسة دون حاجة الى تقديم تقرير مكتوب ، وفي تلك الحالة يدون رأى الخبير فى محضر الجلسة » (.

(مادة ١٧٥)

رأى الخبير لا يقيد المحكمة .

(م ١٥٦ اثبات مصرى وم ٢٤٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :
« لا تكون المحكمة مقيدة برأى أهل الخبرة » وم ١٥٥ بينات سورى ونصها : « رأى الخبير لا يقيد المحكمة ، وإذا حكمت المحكمة خلافا لرأى الخبير وجب عليها بيان الأسباب التى أوجبت إهمال هذا الراى كله أو بعضه » وم ٩٤ اثبات سودانى : « رأى الخبير لا يقيد المحكمة وعليها إذا قضت بخلاف رأيه أن تضمن حكمها الأسباب التى أوجبت عدم الأخذ برأى الخبير كله أو بعضه » (.

(مادة ١٧٦)

تقدر أتعاب الخبير ومصروفاته بأمر يصدر على عريضة من رئيس الدائرة التى عينته أو قاضى محكمة المواد الجزئية الذى عينه بمجرد صدور الحكم فى موضوع الدعوى .

فاذا لم يصدر هذا الحكم فى الثلاثة الأشهر التالية لايداع التقرير لأسباب لا دخل للخبير فيها قدرت أتعابه ومصروفاته بغير انتظار الحكم فى موضوع الدعوى :

(م ١٥٧ اثبات مصرى وم ٢٣١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :
« أجور الخبراء ومصاريفهم تقسدها المحكمة التى تنظر الدعوى بأمر يحرر فى آخر التقرير . وإذا مضى أربعة أشهر من تقديم التقرير ولم يصدر حكم فى الدعوى جاز للخبير أن يقدم طلبا بتقدير أجرته للرئيس أو للقاضى . وتذكر القيمة المقدرة بالعبارة والأرقام ويوقع على ذلك من الرئيس والكاتب » . وم ١٥٦ بينات سورى ونصها :

« تقدر أتعاب الخبير ونفقاته وفقا للقوانين النافذة » . وم ٩٥ اثبات سودانى ونصها : « تقدر المحكمة أتعاب الخبير ومصروفاته مراعية فى ذلك أهمية الدعوى والأعمال التى قام بها والزمين الذى استغرقه فى أداء المهمة ، ويلزم بها الخصم الذى طلب ندب الخبير أو كائن ندبه فى مصلحته وبعد الحكم فى الدعوى تدخل فى مصروفاتها ويلزم من يقضى الحكم بالزامه بها » .

(مادة ١٧٧)

يستوفى الخبير ما قدر له من الأمانة ويكون أمر التقدير فيما زاد عليها واجب التنفيذ على من طلب تعيينه من الخصوم ، وكذلك على الخصم الذى قضى بالزامه بالمصروفات .

(م ١٥٨ اثبات مصرى وم ٢٣٤ من لائحة المحاكم الشرعية : « تقدير الأجرة يكون نافذا على الخصم الذى طلب تعيين أهل الخبرة أو كان تعيين الخبير فى مصلحته ومن بعد صدور الحكم فى الدعوى يكون نافذا أيضا على المحكوم عليه » (.

(مادة ١٧٨)

للخبير ولكل خصم فى الدعوى أن يتظلم من أمر التقدير وذلك خلال الثمانية الأيام التالية لإعلانه .

(م ١٥٩ اثبات مصرى وم ٢٣٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :
« تقبل المعارضة فى تقدير الأجرة من الخصوم وأهل الخبرة فى الأيام الثلاثة التالية ليوم اعلان الأمر بتقديرها وتكون بعريضة تقدم لرئيس المحكمة أو للقاضى الجزئى ويترتب عليها إيقاف تنفيذ الأمر المذكور » (.

(مادة ١٧٩)

لا يقبل التظلم من الخصم الذى يجوز تنفيذ أمر التقدير عليه الا اذا سبقه ايداع الباقي من المبلغ المقدر خزانة المحكمة مع تخصيصه لأداء ما يستحقه الخبير .

(م ١٦٠ اثبات مصرى) .

(مادة ١٨٠)

يحصل التظلم بتقرير فى قلم الكتاب ويترتب على رفعه وقف تنفيذ الأمر وينظر فى غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام ، على أنه اذا كان قد حكم نهائيا فى شأن الالتزام بمصروفات الدعوى فلا يختصم فى التظلم من لم يطلب تعيين الخبير ولم يحكم عليه بالمصروفات .